

# **Miljøhensyn i regelverket om offentlige anskaffelser med særlig vekt på hensynet til ikke-diskriminering**

Hvordan kan offentlige oppdragsgivere bruke anskaffelsesprosessen til å fremme miljøhensyn og  
hvilket spillerom gir regelverket til å fremme miljøhensyn dersom det kan komme i strid med  
EØS-avtalens prinsipp om ikke-diskriminering?

Kandidatnummer:

563

Leveringsfrist:

25.04.2008

Til sammen 17 971 ord

23.04.2008

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b><u>2</u></b>	<b><u>GENERELL DEL: OM REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER</u></b>	<b><u>4</u></b>
<b>2.1</b>	<b>Historisk perspektiv</b>	<b>4</b>
2.1.1	Norsk utvikling	4
2.1.2	Utviklingen av Norges internasjonale forpliktelser	7
<b>2.2</b>	<b>Grunnprinsipper i EØS-retten</b>	<b>12</b>
2.2.1	Prinsippet om ikke-diskriminering	12
2.2.2	Prinsippet om proporsjonalitet	14
<b>2.3</b>	<b>Hovedlinjene i regelverket om offentlige anskaffelser</b>	<b>15</b>
2.3.1	Forholdet mellom loven og forskriften	15
2.3.2	Tilgrensende rettsområder	16
2.3.3	Aktørene i anskaffelsesprosessen	17
2.3.4	Grunnleggende krav til anskaffelsesprosessen	18
<b><u>3</u></b>	<b><u>SPESIELL DEL: MILJØHENSYN I ANSKAFFELSENS ULIKE FASER</u></b>	<b><u>23</u></b>
<b>3.1</b>	<b>Planleggingsfasen</b>	<b>24</b>
3.1.1	Behovsverifisering	24
<b>3.2</b>	<b>Tekniske spesifikasjoner - krav til ytelsen</b>	<b>26</b>
3.2.1	Produksjonsprosessen	28
3.2.2	Krav om dokumentasjon – herunder miljømerker	28
<b>3.3</b>	<b>Kvalifikasjonsfasen - krav til leverandøren</b>	<b>30</b>
3.3.1	Diskvalifikasjon/avvisning	31
3.3.2	Finansiell og økonomisk kapasitet	31
3.3.3	Tekniske kvalifikasjonskrav	31
3.3.4	Krav om dokumentasjon – herunder miljøledelsessystemer	33

<b>3.4</b>	<b>Tildelingsfasen</b>	<b>35</b>
3.4.1	Utformingen av og innholdet i tildelingskriteriene	39
3.4.2	Dokumentasjon	48
3.4.3	Vekting og prioritering	49
<b>3.5</b>	<b>Kontraktsfasen</b>	<b>50</b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>OM KORTREISTHET OG IKKE-DISKRIMINERING</u></b>	<b><u>53</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Kortreisthet som miljøhensyn</b>	<b>53</b>
<b>4.2</b>	<b>Direkte og indirekte diskriminering</b>	<b>55</b>
<b>4.3</b>	<b>Allmenne hensyn</b>	<b>56</b>
4.3.1	Lovfestede og ulovfestede hensyn	57
<b>4.4</b>	<b>Saklig begrunnelse</b>	<b>58</b>
4.4.1	Vilkårlig forskjellsbehandling	58
4.4.2	Skjult handelshindring	59
<b>4.5</b>	<b>Begrunnelsen – om proporsjonalitetsprinsippet</b>	<b>59</b>
4.5.1	Egnethet	60
4.5.2	Proporsjonalitet	62
<b>4.6</b>	<b>Uttalelser om kortreisthet</b>	<b>65</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER</u></b>	<b><u>68</u></b>
	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>69</u></b>
	<b><u>LOVSREGISTER</u></b>	<b><u>73</u></b>
	<b><u>DOMSREGISTER</u></b>	<b><u>75</u></b>

## 1 Innledning

Temaet for oppgaven er miljøhensyn i regelverket for offentlige anskaffelser og det vil bli lagt særlig vekt på det grunnleggende prinsippet om ikke-diskriminering. Ved å fokusere på hensynet til ikke-diskriminering søker jeg å belyse hvordan EØS-/EU rettens grunnleggende prinsipper forholder seg til samfunnets økende krav til offentlige myndigheters arbeid med miljøvern og klimaproblematikk ved håndhevelsen av de norske reglene.

Offentlige organer i Norge kjøper årlig varer og tjenester for om lag 300 milliarder kroner, dette utgjør ca 15 prosent av BNP.<sup>1</sup> Med dette utgangspunktet er det enkelt å se at innenfor området offentlige anskaffelser er mulighetene for miljøgevinster store. Det offentlige som innkjøper har en særlig mulighet til å påvirke leverandørene både på grunn av omfanget av anskaffelsene og at de ikke er prisgitt markedskreftene på samme måte som private aktører. Videre har de et spesielt ansvar knyttet til utviklingen av sosiale og økonomiske forhold i samfunnet<sup>2</sup>.

Bakgrunnen for at oppgaven fokuserer på miljøhensyn er todelt. For det første er miljø og klimapolitikk av økende betydning i samfunnet og for det andre er det egnet til å belyse i hvilken grad det er rom for å legge vekt på ikke-økonomiske hensyn i anskaffelsesprosessen. I en slik prosess som primært er styrt av økonomiske krav, er det noe usikkerhet knyttet til hvor omfattende krav som kan stilles for å fremme miljøhensyn og andre politiske målsetninger, såkalte ”ikke-økonomiske” hensyn.

---

<sup>1</sup> [www.odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentlig/p30005559/bn.html](http://www.odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentlig/p30005559/bn.html)

<sup>2</sup> Arrowsmith (2005) s. 1225

I oppgaven er det kun regelverket knyttet til såkalt ”klassisk sektor” av offentlige anskaffelser som vil bli behandlet. Dette omfatter anskaffelse av varer, tjenester og bygg- og anleggsarbeid.<sup>3</sup> Problemstillinger knyttet til miljøhensyn i forsyningssektorene vil derfor ikke bli behandlet i det følgende. Fremstillingen vil i hovedtrekk følge forskriftens oppbygning og kronologien i en alminnelig anskaffelsesprosess med åpen anbudskonkurranse.

Gjennom WTO-avtalen om offentlige anskaffelser (GAP) har Norge påtatt seg anskaffelsesrettslige forpliktelser. Den videre fremstillingen vil konsentrere seg om den EU-rettslige lovgivningens betydning for det norske regelverket om offentlige anskaffelser, da forpliktelsene etter GAP antas å ikke gå lenger enn de som følger av EØS-avtalen.<sup>4</sup>

I en anskaffelsesprosess er det i hovedsak to ulike typer aktører. På den ene siden er det det offentlige organ som ønsker å kjøpe en ytelse, kalt oppdragsgiver, og på den andre siden er det den/de foretakene som ønsker å levere den etterspurte ytelsen, kalt leverandører.

”Miljøhensyn” vil i den videre fremstillingen bli brukt som en fellesbetegnelse på det lovforarbeidene kaller ”resursbevisste anskaffelser”<sup>5</sup>. Livssyklus kostnader, ”totale kostnader knyttet til å anskaffe, eie, drive og utfase en vare, tjeneste eller bygg- og anlegg”,<sup>6</sup> behandles ikke særskilt i oppgaven da innholdet i uttrykkene delvis henger sammen<sup>7</sup> ved at de beskriver samme type hensyn og fordi skillet ikke er av betydning for temaet i oppgaven. I det følgende vil fokuset rettes mot tiltak som søker å ta hensyn til og motvirke de negative ”miljømessige konsekvenser”<sup>8</sup> av en anskaffelse. Eksempler på slike

---

<sup>3</sup> FADs veileder (2006) s. 18

<sup>4</sup> Trygstad (2006) s. 16

<sup>5</sup> NOU 1997: 21 s. 116

<sup>6</sup> [www.grip.no](http://www.grip.no)

<sup>7</sup> NOU 1997: 21 s. 116

<sup>8</sup> LOA § 6

konsekvenser er forbruk av råvarer, ulike typer forurensende utslipp og avfallsgenerering fra produksjon, transport og drift av produkt.<sup>9</sup>

I den følgende fremstillingen gis det i del 2 et overblikk over den historiske utviklingen av miljøhensyn i regelverket. Utviklingen er av betydning for å forstå gjeldende blant annet fordi den har skjedd relativt raskt. Videre vil fokuset rettes mot hovedlinjene i reglene om offentlige anskaffelser og de sentrale rettskildene, herunder prinsippet om ikke-diskriminering og proporsjonalitet. Deretter behandles adgangen til å integrere miljøhensyn i de ulike fasene i anskaffelsesprosessen i oppgavens del 3. Mens i del 4 drøftes noen klassiske utfordringer knyttet til forholdet mellom de primære målsetningene i anskaffelsesprosessen, at offentlige oppdragsgivere skal få mest mulig for pengene gjennom konkurranse og å bruke anskaffelsen til å fremme politiske målsetninger (som miljøhensyn og andre sekundære formål), for å belyse hvorvidt det er rom i regelverket for å legge vekt på miljøhensyn som potensielt kan ha en restriktiv effekt på samhandelen. I denne drøftelsen vil oppdragsgivers adgang til å legge vekt på transportavstand, såkalt ”kortreisthet”, bli brukt som eksempel på en mulig restriktiv måte å ivareta hensynet til miljøet på, ved at utslipp av klimagasser reduseres. Da denne problemstillingen er lite berørt i rettspraksis, litteratur og øvrige kilder, vil drøftelsen bygge på de klassiske utgangspunktene slik disse fremkommer av praksis fra EF-domstolen.

---

<sup>9</sup> NHDs veileder (2004) s. 13

## 2 Generell del: Om regelverket for offentlige anskaffelser

### 2.1 Historisk perspektiv

Allerede i 1987, da Bruntlandkommisjonen (FNs Verdenskommisjon for miljø og utvikling) la frem rapporten *Vår felles fremtid*, ble betydningen av ”bærekraftig utvikling” satt på dagsorden. I dette begrepet ligger det en målsetning om økonomisk vekst som ikke går på bekostning av miljøet, naturressursene eller samfunnet for øvrig.<sup>10</sup>

I forbindelse med FN-konferansen om miljø og utvikling i Rio de Janeiro i 1992, ble det laget en global handlingsplan for neste århundre, den såkalte *Agenda 21*. Gjennom Rio-erklæringen ble fokus rettet mot nasjonenes ansvar for miljøet, blant annet gjennom bærekraftig innkjøpspolitikk.<sup>11</sup>

#### 2.1.1 Norsk utvikling

I Norge ble det i 1992 føyd til en ny bestemmelse i Grunnloven, § 110b, som slår fast borgernes rett til blant annet bærekraftlig utvikling, biologisk mangold og bevaring av naturressursene. Bestemmelsen er noe uklart formulert og på tross av at bestemmelsen gir enhver ”rett til et forsvarlig miljø”, er det usikkert om den gir individene noen selvstendig rett til rent miljø.<sup>12</sup> Uansett viser bestemmelsen hvor viktig det er at det tas miljøhensyn i de beslutninger som gjøres i dag med tanke på den fremtidige utviklingen og den vil være av sentral betydning ved fortolkning av formell lov.<sup>13</sup>

Dagens regelverk for offentlige anskaffelser i Norge består av lov om offentlige anskaffelser av 16.juli 1999 nr 69 (LOA), som erstattet anskaffelsesloven av 1992, og

---

<sup>10</sup> [http://www.fn.no/fakta\\_om\\_fn/fns\\_historie\\_1/1980\\_1989/1987](http://www.fn.no/fakta_om_fn/fns_historie_1/1980_1989/1987)

<sup>11</sup> <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/index.htm>

<sup>12</sup> Fleischer (1999) s. 48

<sup>13</sup> Fleischer (1999) s 58 og Rt. 1993 s. 321

forskrift om offentlige anskaffelser vedtatt 7. april 2006 (FOA), i kraft fra 1.januar 2007. Forskriften er gitt i medhold av LOA § 11 og gjelder for ”klassisk sektor”.

FOA regulerer de ulike fasene i anskaffelsesprosessen og bygger i stor grad på den tidligere forskriften fra 2001<sup>14</sup>. Derfor vil rettspraksis fra før forskriften av 2006 trådte i kraft, også være en relevant rettskilde ved fortolkningen av dagens regelverk. Forskriften implementerer rådsdirektiv 2004/18/EU (anskaffelsesdirektivet) i norsk rett i samsvar med forpliktelsene som påhviler staten i medhold av EØS-avtalen<sup>15</sup> og vil derfor ved eventuell motstrid gå foran særnorsk regulering av samme forhold.<sup>16</sup>

LOA § 6, om resursbevisste anskaffelser, var ny med loven i 1999 og ble vedtatt før det var gitt noen regler om miljøhensyn i offentlige anskaffelser i EU-retten. Det er trolig bakgrunnen for at lovens forarbeider<sup>17</sup> gjenspeiler en relativt restriktiv holdning med hensyn til adgangen til å integrere miljøkrav i anskaffelsesprosessen. Men det har det vært en stor utvikling på miljøfronten de 10 siste årene, både i regelverket om offentlige anskaffelser og samfunnet generelt, og det er ikke lenger et spørsmål om hvorvidt det er adgang til å integrere miljøhensyn, det er et spørsmål om hvordan det kan gjøres.

Fordi det er gjort endringer i regelverket siden forarbeidene til LOA ble forfattet og en del av de synspunktene som kommer til uttrykk der er uttrykkelig forlatt, vil de ikke gi særlig veiledning med hensyn til oppdragsgivers adgang til å integrere miljøhensyn i anskaffelsesprosessen. Men på grunn av at det norske regelverket bygger på EU-direktiver, er det et rikholdig kildemateriale fra felleskapsretten som vil være relevante ved tolkningen av de norske reglene.

---

<sup>14</sup> Forskrift om offentlige anskaffelser av 15.juni 2001 nr. 616

<sup>15</sup> EØS-avtalen, artikkel 7

<sup>16</sup> EØS-loven § 2 ”forrangsprinsippet”

<sup>17</sup> NOU 1997: 21 pkt. 7.6 og Ot. Prp. Nr 71(1997-1998) pkt. 9



Fornyings- og administrasjonsdepartementet har laget en veileder til 2006-forskriften om offentlige anskaffelser. Denne inneholder generell veiledning om regelverket, men til forskjell fra veilederen som ble utarbeidet av Nærings- og handelsdepartementet til 2001-forskriften, gis det lite konkret veiledning knyttet til miljøhensyn. Gjennom veilederne gir departementene underordnede forvaltningsorganer retningslinjer for hvordan reglene i anskaffelsesforskriften skal forstås og hvilke hensyn de bør legge vekt på i de skjønsmessige avveielsene regelverket legger opp til.<sup>18</sup> Veilederen er en god kilde til å forstå innholdet i regelverket og det tas i bruk illustrative eksempler og rettspraksis, men den har begrenset formell rettskildemessig verdi.

I 2007 ble det av regjeringen utarbeidet en handlingsplan som blant annet tar for seg miljøhensyn i offentlige anskaffelser. Denne tematiserer offentlig sektors spesielle ansvar i forhold minimeringen av miljøbelastning ved sine anskaffelser og det pekes særlig på behovet for økt kunnskap om bruk av miljøhensyn i anskaffelsesprosessen.<sup>19</sup>

Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) ble opprettet i 2003<sup>20</sup> med det formål å være rådgivende organ for behandling av klager om brudd på LOA og forskriftene gitt i medhold av loven. Nemda skal ”bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte”<sup>21</sup> Opprettelsen av KOFA har gitt leverandørene en billigere<sup>22</sup> og raskere klageadgang.

Selv om KOFAs uttalelser kun er av rådgivende art og det begrenser dens formelle rettskildemessige verdi, er det vanskelig å si noe generelt om den rettskildemessige verdien av uttalelsene fordi i vektningsomgangen veies de ulike rettskildefaktorene opp mot

---

<sup>18</sup> Eckhoff (2001) s. 227

<sup>19</sup> *Regjeringens handlingsplan for miljø- og samfunnsansvar i offentlige anskaffelser* (2007-2010)

<sup>20</sup> KOFA-forskrift jf LOA § 7a

<sup>21</sup> KOFA-forskrift § 1

<sup>22</sup> Klagegebyret er 860 kr per 25.02.08 kilde: [www.kofa.no](http://www.kofa.no)

hverandre og den enkeltes vekt vil være avhengige av de øvrige.<sup>23</sup> Men fordi det foreligger relativt få rettsavgjørelser på området<sup>24</sup> og de uttalelsene nemda gir i regelen er av høy kvalitet, følges resultatene ofte opp i praksis. Behandlingen av saker i KOFA foretas av godt kvalifiserte fagjurister og de benytter tradisjonelt tunge rettskilder, som lovtekst og rettspraksis, i en domstolsliknende prosess.

Praksisen fra KOFA har etter hvert blitt omfangsrik, den er offentlig tilgjengelig og på bakgrunn av det som er sagt ovenfor, vil slik praksis være en relevant rettskilde ved fortolkningen av det norske regelverket. Relevansen av nemdas uttalelser vises i en nyere Høyesterettsdom hvor førstvoterende viser til praksis fra klagenemda og uttaler at ”KOFA [...] har flere ganger avgjort spørsmål av interesse for vår sak”<sup>25</sup> Høyesterett legger i denne dommen tilsynelatende også betraktelig vekt på KOFAs uttalelser.

Ved brudd på regelverket har domstolene kompetanse til å ilegge oppdragsgiver to ulike sanksjoner. For det første kan de sette til side oppdragsgivers opprinnelige beslutning og pålegge dem å vurdere anbudene på nytt, jf LOA § 7, 2.ledd. Den andre mulige sanksjonen er at en leverandør kan bli tilkjent på erstatning for ”det tap han har lidt som følge av bruddet” på reglene, jf LOA § 10, forutsatt at de øvrige erstatningsvilkårene foreligger.<sup>26</sup>

### 2.1.2 Utviklingen av Norges internasjonale forpliktelser

Det følger av EØS art. 3, etter mønster av EFT art 10, og EØS-avtalens fortale<sup>27</sup> at medlemslandene skal tolke fellesskapsreglene på en måte som i størst mulig grad gir et

---

<sup>23</sup> Trygstad (2006) s. 24

<sup>24</sup> Dragsten (2005) s. 48

<sup>25</sup> HR-2007-02114-A, avsnitt 34

<sup>26</sup> Trygstad (2006) s. 16-17

<sup>27</sup> Fortalen, premiss 12

fellesskapskonformt resultat. For EU-landene har EF-domstolen utviklet et prinsipp om direktivkonform tolking<sup>28</sup>.

I Norge var lenge stillingen med hensyn til prinsippet om direktivkonform tolking uavklart, men Høyesterett slo i Rt. 2000 s.1811 *Finnanger* fast at prinsippet uansett ikke går lenger enn det norske presumpsjonsprinsippet. Det betyr at norske bestemmelser så vidt mulig skal gis et innhold som er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, det omfatter også forholdet til EØS-avtalen.<sup>29</sup> Presumpsjonsprinsippet, sammenholdt med prinsippet om forrang<sup>30</sup>, medfører at EU-direktivene og praksis fra EF-domstolen, blir en viktig rettskilde ved fortolkingen av de norske reglene om offentlige anskaffelser.

EFTA-domstolen har foreløpig ikke blitt forelagt noen saker<sup>31</sup> eller avgitt noen uttalelser av direkte betydning for forståelse av miljøhensyn i de EØS-rettlige reglene om offentlige anskaffelser. EFTA-domstolens uttalelser er, til forskjell fra EF-domstolens prejudisielle avgjørelser<sup>32</sup> om hvordan fellesskapsrettslige regler skal forstås, formelt rådgivende. EF-domstolen har enerett på autoritativ fortolking av EU-rettslig lovgivning og EFTA-domstolen vil i utgangspunktet basere sine avgjørelser på EF-domstolens rettspraksis<sup>33</sup>. Men selv om norske domstoler ikke vil være formelt bundet av EFTA-domstolens uttalelser, er det lite sannsynlig at de norske domstoler ikke vil ta en slik uttalelse til følge.<sup>34</sup>

---

<sup>28</sup> EØS-rett (2004) s. 242

<sup>29</sup> EØS-rett (2004) s.242

<sup>30</sup> EØS-loven § 2

<sup>31</sup> ODA-avtalen art 34 jf domstolsloven § 51a

<sup>32</sup> Jf. EFT art 234

<sup>33</sup> Bull (2002) s. 69

<sup>34</sup> EØS-rett (2004) s. 161

Videre følger det av EØS-avtalens art. 6 at regler som springer ut av denne avtalen, skal fortolkes i samsvar med praksis fra EF-domstolen fra før avtalen ble undertegnet, 2.mai 1992. Høyesterett har i flere saker gjort bruk av nyere rettspraksis fra EF domstolen, og tilsynelatende lagt vesentlig vekt på slik praksis<sup>35</sup>. Et eksempel på dette er Høyesteretts dom av 14.desember 2007<sup>36</sup> hvor førstvoterende gjør bruk av EF-domstolens resultat i Concordia-saken<sup>37</sup> i tolkingen av anskaffelsesforskriften. Altså er nyere avgjørelser fra EF-domstolen, avsagt etter undertegnelsen av avtalen, også relevante rettskilder ved tolking av det norske regelverket.<sup>38</sup>

Det følger av anskaffelsesdirektivets fortale<sup>39</sup> at direktivet i stor grad er kodifisering av praksis fra EF-domstolen etter de tidligere direktiver. Denne rettspraksisen vil derfor være relevant for forståelsen av det norske regelverket siden FOA bygger på anskaffelsesdirektivet.

Når det gjelder fortaler, har det i den norske lovgivningstradisjonen tradisjonelt ikke vært gjort bruk av slike. Derimot har vi i Norge brukt formålsparagrafer og lovforarbeider til å fastlegge formålet med reguleringen.<sup>40</sup> Når det gjelder den rettskildemessige betydningen av fortaler, tas de av EF-domstolen ofte til inntekt for det som er formålet med en gitt regulering. I EØS-avtalen er det tatt inn en bestemmelse om fortalens betydning for tolkingen av rettsakter i protokoll 1, pkt.1 til avtalen. ”Her heter det at rettsaktenes fortaler er «relevante i den utstrekning de er nødvendige» for en riktig tolkning og anvendelse av rettsaktenes bestemmelser innenfor EØS-avtalens ramme.”<sup>41</sup> Høyesterett har ansett

---

<sup>35</sup> For eksempel Rt. 2002 s. 391 *God morgen*, s.400-402

<sup>36</sup> HR-2007-02114-A, avsnitt 36

<sup>37</sup> C-513/99 *Concordia v Helsingin kaupunki*, premiss 59

<sup>38</sup> Trygstad (2006) s.20

<sup>39</sup> Rdir. 2004/18/EU fortalen, premiss 1

<sup>40</sup> For eksempel LOA §1

<sup>41</sup> EØS-rett (2004) s. 209

synspunkter gitt i fortaler som relevante og gjort bruk av slike ved fortolkningen av norske regler som gjennomfører EU-rettslig lovgivning.<sup>42</sup>

Direktivenes forarbeider er derimot lite brukt i fortolkningen av regelverket. EF-domstolen har uttalt om forarbeidenes betydning ved fortolkningen av sekundærrettsakter at en ”erklæring, som ikke er kommet til uttrykk i ordlyden af...[den aktuelle bestemmelse], ikke [kan] tjene som bidrag til fortolkningen heraf”<sup>43</sup>. Men dette utgangspunktet modifiseres noe ved at forarbeidene kan brukes hvor ordlyden er uklar.<sup>44</sup>

Miljøhensyn har en sentral rolle i EU- og EØS-retten. Dette kommer til uttrykk i en rekke traktatsbestemmelser. I fortalen til EØS-avtalen<sup>45</sup> fremheves det at bevaring og vern av miljøet skal være en målsetning for avtalepartene. EFT art 3, bokstav 1, om felles miljøpolitikk, og art 6 om integrering av miljøkrav og fremme bærekraftig utvikling illustrerer den sentrale stillingen miljøhensyn har i fellesskapsretten. I EFT art 174 (tidligere 130 R og mønster for EØS art 73) vektlegges føre-var-prinsippet som virkemiddel for å ivareta miljøhensyn. I litteraturen har det blitt hevdet at denne bestemmelsen formelt likestiller miljøhensyn med den fellesskapsrettslige målsetningen om økonomisk integrasjon<sup>46</sup>. EF-domstolen har imidlertid poengtert at ”[b]estemmelsen giver ikke Fællesskabets politik på miljøområdet forrang frem for Fællesskabets politikker på de øvrige områder, såfremt der er en konflikt herimellem.”<sup>47</sup>.

I tilknytning til regelverket om offentlige anskaffelser har EU-kommisjonen gitt ut to fortolkningsmeddelelser om adgangen til å stille miljøkrav i anskaffelsesprosessen, en fra

---

<sup>42</sup> Rt. 2002 s. 391 *God morgen* s. 396

<sup>43</sup> C-206/98 *Kommisjonen v Belgia*, premiss 40

<sup>44</sup> Bull (2002) s. 87

<sup>45</sup> Fortalen, premiss 10 og 11

<sup>46</sup> Graver (1995) s. 219

<sup>47</sup> C-20/01 og C-28/01 *Commission v Germany*, avsnitt 47

2001<sup>48</sup> og en fra 2004<sup>49</sup>. Disse gir begge god veiledning med hensyn til EU-kommisjonens syn på miljøkrav i offentlige anskaffelser. Kommisjonen har også nylig publisert et øvingsverktøy for miljøhensyn i offentlige anskaffelser, som i hovedsak viderefører de prinsippene som fremkommer av de tidligere fortolkingsmeddelelsene og gir praktiske eksempler på hvordan miljøkrav kan integreres.<sup>50</sup> Kommisjonens fortolkning av fellesskapsreglene anses tradisjonelt for å ha relativt lav formell rettskildemessig verdi. Dette må ses på bakgrunn av at EF-domstolen har enerett på autoritativ fortolkning av fellesskapslovgivningen<sup>51</sup>. Kommisjonen vil også i sin fortolkning av regelverket være noe tilbakeholden med å åpne for miljø- og andre ikke-økonomiske hensyn som kan virke restriktivt på samhandelen, da deres primære oppgave er å påse at det ikke legges unødvendige restriksjoner på samhandelen<sup>52</sup>.

EF-domstolen har avsagt to avgjørelser som er særlig viktig med hensyn til offentlige oppdragsgiveres adgang til å fremme miljøhensyn i anskaffelsesprosessen. Concordia-saken<sup>53</sup> dreide seg om hvorvidt Helsinki by i en anskaffelse om offentlig transport hadde adgang til å gi poeng ved tildeling av kontrakt til leverandører som gjorde bruk av kjøretøy med lavt utslippsnivå. Mens i den andre avgjørelsen, EVN-saken<sup>54</sup>, var spørsmålet om østerrikske myndigheter ved kjøp av strøm kunne gi ekstrapoeng til leverandører som brukte fornybare energiresurser i produksjonen av strøm. I begge sakene konkluderte EF-domstolen med at de stilte miljøkrav i prinsippet var lovlige og resultatet av disse dommene er nå kodifisert i anskaffelsesdirektivet<sup>55</sup>. Sakene vil bli behandlet nærmere i del 3.

---

<sup>48</sup> KOM (2001) 274 endelig

<sup>49</sup> *Grønne indkøb!* (2005)

<sup>50</sup> *European Commission GPP [Green Public Procurement] Training Toolkit* (2008)

<sup>51</sup> EFT art 220

<sup>52</sup> EFT art 211

<sup>53</sup> C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki

<sup>54</sup> C-448/01 EVN and Wienstrom v Austria

<sup>55</sup> Rdir 2004/18/EU, fortalen, premiss 1

Både i Concordia-saken og EVN-saken er Generaladvokatens uttalelser av interesse med hensyn til å forstå de sentrale elementer i domstolens avgjørelse. I norsk rett finnes det ingen parallell til den rollen Generaladvokaten har i EU-retten. Generaladvokatens oppgave er å bistå dommerne i EF-domstolen<sup>56</sup>, formelt er de også medlemmer av domstolen, selv om de ikke deltar i den dømmende virksomheten. Generaladvokaten avgir en skriftlig innstilling til domstolen hvor de systematiserer saken og kommer med sine forslag til løsning. Innstillingen er kun rådgivende og har i utgangspunktet ikke selvstendig vekt<sup>57</sup>, men inneholder ofte en grundig redegjørelse for rettsområdet og belyser i flere saker ulike aspekter av domstolens praksis knyttet til miljøhensyn i offentlige anskaffelser.

## 2.2 Grunnprinsipper i EØS-retten

Såkalte ”grunnleggende prinsipper” spiller en langt mer sentral rolle i EU-retten enn hva det er tradisjon for i norsk rett. Prinsippene har to hovedfunksjoner. For det første har de betydning for tolkingen av andre materielle EU-regler, både de som er traktatfestet og de som følger av forordninger og direktiver. For det andre kan de i seg selv gi grunnlag for domstolskontroll – tilsidesettelse av regler og vedtak.<sup>58</sup>

### 2.2.1 Prinsippet om ikke-diskriminering

Prinsippet om ikke-diskriminering er nedfelt i EØS-avtalens art. 4, etter mønster fra EFT art. 12, og antas å ha samme innhold i EØS-retten som i EU-retten, men med et snevrere virkeområde.<sup>59</sup> EF-domstolen har formulert innholdet i diskrimineringsforbudet som at ”ensartede situationer ikke må behandles forskjelligt, og at forskjellige situationer ikke må behandles ens, med mindre en forskjelsbehandling er objektivt begrundet”<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> EFT art 222

<sup>57</sup> *EØS-rett* (2004) s.131

<sup>58</sup> *EØS-rett* (2004) s. 65

<sup>59</sup> *EØS-rett* (2004) s. 100

<sup>60</sup> C-106/83 *Sermide SpA v Cassa Conguaglio Zuccheri* m.fl

EØS art 4 er en overordnet fanebestemmelse som forbyr alle former for forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, og er således et konkret utslag av det generelle prinsippet om ikke-diskriminering som gjelder for fellesskapsretten. Både direkte og indirekte forskjellsbehandling rammes av diskrimineringsforbudet, se LOA § 5, femte ledd, bokstav a og b, og det stilles heller ikke noe krav om merkbar påvirkning på samhandelen.

Det har i lengre tid vært forutsatt gjennom EF-domstolens praksis at diskrimineringsforbudet ikke bare får anvendelse for generelle tiltak fra myndighetenes side, men også på individuelle anskaffelser.<sup>61</sup> Til hver av de fire frihetene er det knyttet et spesialisert diskrimineringsforbud<sup>62</sup>. For varer er det spesielle diskrimineringsforbudet gitt i EØS art 11 og siden domstolen som regel benytter de spesialiserte forbudet i sin praksis, har art 4 begrenset praktisk betydning for det indre markedet, selv om det gjelder på lik linje med de spesialiserte forbudene.

LOA § 5, fjerde og femte ledd og FOA § 3-1, andre ledd inneholder også diskrimineringsforbud og illustrerer hvor viktig dette prinsippet er i forhold til regelverket om offentlige anskaffelser.<sup>63</sup> Siden prinsippet følger av EØS-avtalen, vil det ved motstrid gis forrang ovenfor annen nasjonal lovgivning.<sup>64</sup> Det følger av LOA § 5 femte ledd, bokstav a og b at forbudet rammer både direkte og indirekte diskriminering, se FOA § 17-3, og bokstav c rammer forsøk på omgåelse av reglene.

Men det finnes eksempler i FOA på fremgangsmåter som i utgangspunktet har en diskriminerende effekt. Et eksempel på dette er FOA § 3-9 som gir oppdragsgiver rett til utforme dokumenter på norsk og kreve at det samme gjøres med tilbudene. Selv om en slik ordning gir norske leverandører en fordel, er den forståelig i lys av hensynet til effektivitet.

---

<sup>61</sup> Arrowsmith (2004) s. 185

<sup>62</sup> EØS art. 11, 28, 31 og 36

<sup>63</sup> Dragsten (2005) s. 59

<sup>64</sup> EØS-loven § 2



Kravet om likebehandling i anskaffelsesprosessen, jf. LOA § 5, første ledd, kan på den ene siden ses som et utslag av dette grunnleggende prinsippet om ikke-diskriminering. Men til forskjell fra prinsippet om ikke-diskriminering, slik det kommer til uttrykk i EØS art 4, LOA § 5, fjerde og femte ledd og FOA § 3-1, andre ledd, som kun omhandler forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet, har prinsippet om likebehandling et bredere nedslagsfelt og forbyr all form for forskjellsbehandling.<sup>65</sup> Se nærmere om prinsippet om likebehandling under pkt 2.3.4.3. Både prinsippet om ikke-diskriminering og prinsippet om likebehandling har noe vagt og delvis overlappende innhold. EF-domstolen bruker selv uttrykkene om hverandre i enkelte saker.<sup>66</sup>

De ulike sidene av ikke-diskrimineringsprinsippet, samt unntakene fra denne hovedregelen, vil bli behandlet nærmere i under pkt. 4.3.

## 2.2.2 Prinsippet om proporsjonalitet

Proporsjonalitetsprinsippet er et generelt EU- og EØS-rettslig prinsipp og kommer til anvendelse både når EU- og EFTA-organ treffer avgjørelser og når nasjonale myndigheter håndhever fellesskapsreglene eller gjør inngrep i de fire frihetene. I forhold til regelverket om offentlige anskaffelser har prinsippet særlig betydning for hvilke og hvor store krav offentlige oppdragsgivere kan stille til leverandørene i ulike anskaffelser.<sup>67</sup>

Proporsjonalitetsprinsippet er i hovedsak utviklet gjennom EF-domstolens praksis og har stor betydning i forhold til tolkingen og håndhevelsen av reglene om de fire friheter. Generelt formulert innebærer det at ”det skal være forholdsmessighet mellom det mål man ønsker å oppnå og de midler som tas i bruk ved realiseringen av målet”<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> FADs veileder (2006) s. 61

<sup>66</sup> C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki, premiss 85 jf 68

<sup>67</sup> Syrstad (2003) s. 356

<sup>68</sup> EØS-rett (2004) s. 268

Prinsippet om forholdsmessighet knyttet til regelverket om offentlige anskaffelser er kodifisert i FOA § 3-1, femte ledd. ”Oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsen.”

Videre har det generelle proporsjonalitetsprinsippet betydning for anvendelse av unntakene fra diskrimineringsforbudet. De offentlige myndigheter må ta stilling til om det er forholdsmessighet mellom restriksjonen på samhandelen og det hensyn som skal ivaretas. Det må med andre ord vurderes hvorvidt den aktuelle restriksjonen er nødvendig for å ivareta, for eksempel, hensynet til miljøet. Det nærmere innholdet i proporsjonalitetsvurderingen vil bli behandlet i under pkt. 4.5.

## 2.3 Hovedlinjene i regelverket om offentlige anskaffelser

Utgangspunktet er at EØS-avtalens hoveddel gjelder for alle anskaffelser, uavhengig av verdi, og på alle stadier i prosessen.<sup>69</sup> Det vil særlig være reglene om de fire frihetene som er av betydning i for forståelsen av innholdet i regelverket.<sup>70</sup> Videre er det nyttig å plassere regelverket i en rettslig kontekst og kort presentere aktørene i prosessen, før enkeltreglene blir behandlet i detalj i oppgavens del 3.

### 2.3.1 Forholdet mellom loven og forskriften

Både anskaffelsesloven og forskriften del I gjelder i utgangspunktet for alle anskaffelser, uavhengig av verdi og art av anskaffelsen jf. LOA § 3 og FOA § 2-1, første ledd. Mens de mer detaljerte reglene om anskaffelsesprosessen i forskriftens del II og III kun kommer til anvendelse for anskaffelser over de nærmere angitte terskelverdiene, jf FOA § 2-1. andre ledd og § 2-2. (nye terskelverdier fra 1.mars 2008)

---

<sup>69</sup> COM 23.06.2006

<sup>70</sup> FADs veilder (2006) s. 122

Når en anskaffelse er av en verdi som antas å overstige EØS-terskelverdiene, er det forskriftens del I og III som gjelder og konkurransen skal kunngjøres i TED-basen (Tenders Electronic Daily). Det er kun for disse anskaffelsene at EØS-avtalen forplikter Norge til å gjennomføre de EU-rettslige reglene om offentlige anskaffelser. Men fordi lovgiver ønsket at de samme reglene skulle gjelde for alle anskaffelser, er reglene i del II og del III i hovedsak sammenfallende med de grunnleggende kravene som gis i loven og forskriftens del I. Dels er reglene utledet av de grunnleggende kravene og videre skal reglene tolkes i lys av disse kravene. I fremstillingen vil det i hovedsak bli vist til de aktuelle bestemmelsene i FOA del III.

### 2.3.2 Tilgrensende rettsområder

Regelverket om offentlige anskaffelser er hjemlet i EØS art 65, vedlegg XVI, og er videre knyttet til avtalens regler om fri bevegelse av varer og tjenester, idet alle offentlige anskaffelser må foretas i overensstemmelse med disse reglene.

I tillegg til reglene om de fire friheter, relaterer også regelverket om offentlige anskaffelser seg til reglene om statsstøtte, jf EØS art 61. Det offentlige som oppdragsgiver kan ha ønske om å bruke kontrakter de inngår med leverandører som et middel til å fremme politiske målsetninger, eksempelvis hvor det offentlige tilbyr nasjonale leverandører uvanlig gunstige vilkår, som ikke er forenlige med fellesskapsretten. Det er særlig knyttet til spørsmål om ”egenregi” og ”direkte anskaffelser” at denne problematikken kommer inn.

Rettslig sett inneholder reglene om offentlige anskaffelser elementer både fra privatrett, i forbindelse med avtaleinngåelse, og offentlig rett ved at forvaltningslovens regler om forsvarlig saksbehandling også gjelder i anbudskonkurranse<sup>71</sup>. Oppdragsgivers vurdering av tilbudenes faktiske side hører inn under forvaltningens frie skjønn<sup>72</sup> og etter myndighetsmisbrukslæren kan skjønnet kun prøves og eventuelt settes til side dersom det

---

<sup>71</sup> Fvl. § 1

<sup>72</sup> KOFA-2007-25

er vilkårlig eller grovt urimelig<sup>73</sup>. (Se pkt 4.5.2.2 for en mer nyansert fremstilling av prøvingen av forvaltningens skjønn på områder regulert av EØS-rettslige regler.) Men Høyesterett har uttalt at ”forvaltningsrettslige prinsipper kan ikke uten videre gis anvendelse ovenfor sentrale anbudsrettslige prinsipper som skal sikre like konkurransevilkår for alle anbyderne”<sup>74</sup>. Det innebærer at dersom det oppstår motstrid mellom en forvaltningsrettslig- og en anbudsrettslig regel, vil den anbudsrettslige reglen gå foran.<sup>75</sup>

### 2.3.3 Aktørene i anskaffelsesprosessen

Både i LOA og FOA er de ulike aktørene i anskaffelsesprosessen nærmere presisert. Nedenfor følger en kort redegjørelse for hvem og hva som omfattes av anskaffelsesreglene.

#### 2.3.3.1 Offentlige oppdragsgivere

Reglene om offentlige anskaffelser gjelder for offentlige oppdragsgivere. Hovedregelen følger både av LOA § 2 og FOA § 1-2: reglene ”gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer.” Hva som skal forstås som ”offentligrettslige organer”, har blitt gitt en vid fortolkning av EF-domstolen og er blitt sammenfattet slik: ”For å bli omfattet av forskriften må organet tjene allmenne behov og ikke være av industriell eller forretningsmessig art. Videre må organet være et selvstendig rettssubjekt og i hovedsak være kontrollert eller finansiert av andre offentlige styresmakter eller offentligrettslige organer.”<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> NOU 1997:21 s. 82

<sup>74</sup> Rt. 1998 s. 1951 *Klubben-dommen*, s.1958

<sup>75</sup> Dragsten (2005) s. 62

<sup>76</sup> FADs veileder (2006) s. 14

### 2.3.3.2 Anskaffelser

I Norge har det vært et ønske om at hovedreglene om offentlige anskaffelser skal gjelde uansett anskaffelsens art eller verdi, jf. LOA § 3 og FOA § 2-1, 1.ledd.

Det følger av LOA § 3 at "[l]oven gjelder anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som foretas av oppdragsgivere som nevnt i § 2. Loven gjelder ikke anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123." Anskaffelser som er unntatt etter denne artikkelen vil typisk være avtaler om forsvarsmateriell og andre avtaler som angår vesentlige sikkerhetsinteresser. Ellers omfatter av loven etter ordlyden alle former for kjøp, leie, leasing og opsjoner på slike kontakter<sup>77</sup>. Anskaffelsesforskriften har i utgangspunktet samme anvendelsesområde som loven jf. FOA § 1-3, 1.ledd, men det er gjort en rekke mer detaljerte unntak.

### 2.3.3.3 Rettighetshavere

Etter LOA § 4, 1.pkt. "[r]ettighetshavere etter loven er bare virksomheter som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat og som har sitt sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak i en slik stat". Det avgjørende for om en leverandør er rettighetshaver eller ikke, knytter seg til hvor virksomheten har sitt sete og ikke eierens nasjonalitet.

### 2.3.4 Grunnleggende krav til anskaffelsesprosessen

Grunnleggende krav til anskaffelsesprosessen følger av LOA § 5 og FOA § 3-1. At oppdragsgiver er underlagt enkelte generelle krav som er utledet av traktatens grunnleggende prinsipper følger også av anskaffelsesdirektivets fortale<sup>78</sup>. Praksis fra KOFA viser at klager ofte påberoper seg brudd på disse grunnleggende kravene og gjerne flere av kravene parallelt ved en generell henvisning til LOA § 5.

---

<sup>77</sup> NOU 1997:21 s.115

<sup>78</sup> Rdir. 2004/18/EU, fortalen, premiss 2

Disse kravene har en dobbeltfunksjon som minner om den de generelle prinsippene i EU- og EØS-retten har, se pkt 2.2. På den ene siden kan de grunnleggende kravene gi rettslig grunnlag for rettigheter og plikter i anskaffelsesprosessen dersom tilfellet ikke er direkte regulert. På den andre siden kan de brukes som tolkingsmoment for hvordan reglene i anskaffelsesregelverket er å forstå.<sup>79</sup> Kravene viderefører formålet med loven, jf LOA § 1 og må være tilfredsstilt på alle stadier i prosessen.<sup>80</sup>

Til tross for at det presiseres i LOA § 5, første ledd at forretningsmessige hensyn skal være styrende i anskaffelsesprosessen, er det flere steder i regelverket skapt rom for politiske hensyn, eksempelvis LOA § 6 hvor det er lovfestet at det skal tas hensyn til miljøet i planleggingsfasen. Det er verdt å merke seg at det ikke nødvendigvis er noe motsetningsforhold mellom å ivareta hensynet til miljøet og forretningsmessige hensyn, typisk økonomisk lønnsomhet. For eksempel er redusert energi og drivstofforbruk både penger spart og gunstig for miljøet.

#### 2.3.4.1 Konkurransen

LOA § 5, andre ledd slår fast at anskaffelser ”så langt det er mulig” skal være basert på konkurranse, jf. FOA § 3-1, første ledd. Ordlyden må forstås slik at det ikke er en ubetinget plikt å gjøre bruk av konkurranse i alle anskaffelser. Hvor en anskaffelse skal baseres på konkurranse, er det viktig at ikke konkurransen begrenses unødvendig. Et eksempel på dette kan være hvor oppdragsgiver stiller så strenge krav til ytelsens miljøegenskaper i den tekniske spesifikasjonen i forhold til hva som er tilgjengelig i markedet, at nær alle potensielle leverandører avvises siden det er absolutte krav, og det ikke er mange nok igjen til at det blir en reel konkurranse. Videre er det viktig at krav og kriterier angis på en konkret, objektiv og ikke-diskriminerende måte for tilbudene skal være sammenliknbare. Dette er særlig viktig med hensyn til miljøkrav, og andre ikke-økonomiske hensyn, da slike i sin natur kan være noe mer diffuse enn for eksempel pris.

---

<sup>79</sup> FADs veileder (2006) s. 57

<sup>80</sup> FADs veileder (2006) s. 56

Kravene som listes opp i LOA § 5, tredje ledd og FOA § 3-1, fjerde ledd er dels overlappende og dels beskrivende for hva som ligger i begrepet konkurranse. Av LOA § 5, tredje ledd følger det at oppdragsgiver har en plikt til å sikre hensynet til forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet gjennom anskaffelsesprosessen. Videre i fjerde og femte ledd presiseres diskrimineringsforbudet i forhold til utvelgelse av leverandør og tildeling av kontrakt.

#### 2.3.4.2 Forutberegnlighet

Krav om forutberegnlighet for aktørene i prosessen følger av LOA § 5, tredje ledd og FOA § 3-1, fjerde ledd. Forutberegnlighet skal sikres blant annet gjennom å skaffe publisitet rundt anskaffelsen, for eksempel utlysning av konkurransen i TED-basen, jf FOA § 18-1, tredje ledd. Ved gjennomføringen av konkurransen skal det være forutberegnlig for potensielle leverandører hva det vil bli lagt vekt på ved utvelgelse av leverandører og tildeling av kontrakt. Derfor skal disse opplysningene gis i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen, jf FOA § 3-11 andre ledd og § 22-2, andre ledd. Videre har oppdragsgiver kun begrenset adgang til å gjøre endringer i disse opplysningene underveis, jf FOA § 17-2. Derfor er det viktig at dersom oppdragsgiver ønsker å gjøre en miljøvennlig anskaffelse, bør dette synliggjøres allerede i kunngjøringen, slik at leverandørene har oppfordring til å ta dette i betraktning ved utformingen av tilbudene sine.

#### 2.3.4.3 Likebehandling

Likebehandling er et generelt anbudsrettslig prinsipp og kan karakteriseres som hovedformålet bak anskaffelsesreglene.<sup>81</sup> EF-domstolen har uttalt at ”at forpliktelsen til at overholde prinsippet om likebehandling følger af selve hovedformålet med direktiverne om offentlige kontrakter”<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Dragsten (2005) s. 153

<sup>82</sup> C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki, premiss 81

Kravet til likebehandling er nevnt i anskaffelseslovens formålsparagraf og som det fremgår av LOA § 5 første ledd, plikter oppdragsgiver å ”sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører”. Kravet om god forretningsskikk, høy forretningsetisk standard og unngå forskjellsbehandling kan sies å være presiseringer av dette.

Kravet til likebehandling i anskaffelsesregelverket kan ses som et spesielt utslag av det generelle EU-rettslige prinsippet om ikke-diskriminering. Det går likevel lengre enn forbudet som følger av EØS art 4 siden det ikke bare rammer forskjellsbehandling på bakgrunn av nasjonalitet, men all form for forskjellsbehandling mellom leverandører i hele prosessen. (se pkt 2.2.1 og 4.3 for mer om prinsippet om ikke-diskriminering)

I Rt. 2001 s. 1062 *Nucelus* avsa Høyesterett en enstemmig dom som omhandlet kravet til likebehandling. I denne saken hadde en fylkeskommune begått flere ansvarsbetingende brudd på anbudsreglene ved å forskjellsbehandle leverandører. Fylkeskommunen hadde i tildelingsomgangen ikke sett bort fra en leverandørs deltagelse i forutgående idékonkurranse, en leverandør hadde fått adgang til å endre deler av tilbudet sitt og videre hadde fylkeskommunen lagt vekt på geografisk nærhet til prosjektet på tross av at det ikke var tatt inn noe slikt krav i anbudsgrunnlaget. Førstvoterende slo fast at disse forholdene representerte ”brot på sentrale og grunnleggende prinsipper og føresegner i anbudsretten”.<sup>83</sup> (Se oppgavens del 4 om adgangen til å legge vekt på kortreisthet.)

#### 2.3.4.4 Gjennomsiktighet og etterprøvbarehet

Kravet til gjennomsiktighet i prosessen, jf. LOA § 5, tredje ledd og FOA § 3-1, fjerde ledd, begrenser myndighetenes muligheter til å legge vekt på andre hensyn enn de som knytter seg til selve leveransen og leverandørens mulighet til å levere kontraktsmessig ytelse. Dette gjøres blant annet ved krav til oppdragsgivers dokumentasjon av de vurderinger som

---

<sup>83</sup> Rt. 2001 s. 1062 *Nucelus* s. 1073- 1075



foretas, jf FOA § 3-1, syvende ledd og at det er gitt regler for hvordan tekniske spesifikasjoner og tildelingskriterier skal angis, jf FOA § 17-3 og § 22-2

Både det offentlige og de private aktørene skal ha mulighet til å forvisse seg om at reglene for offentlige anskaffelser blir fulgt, at oppdragsgiver har lagt vekt på de forholdene som fremgikk av konkurransedokumentene og ikke tatt utenforliggende hensyn. Dette innebærer at beslutningene som tas underveis må dokumenteres og være etterprøvbare, jf FOA § 3-1, syvende ledd, og at det må gis tid i etterkant av at en leverandør er valgt og før avtale inngås, for å gi mulighet til å angripe beslutningen, jf LOA § 7, 2.ledd. I forhold til kravet om etterprøvbarhet inneholder den nye offentlighetsloven<sup>84</sup> en ny regel som begrenser adgangen til å unnta anbudsdokumenter fra offentlighet etter at leverandør er valgt.

I forhold til oppdragsgivers adgang til å stille miljøkrav i anskaffelsesprosessen, er kravene om gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i hovedsak kun relevant idet de er en forutsetning for at de øvrige grunnleggende kravene kan overholdes. Ved integrering av ikke-økonomiske hensyn i prosessen, hvor vurderingene er noe mer diffuse enn rene økonomiske betraktninger, vil det trolig stilles enda større krav til synliggjøringen av vurderingene som foretas i prosessen.

---

<sup>84</sup> Offentlighetslova (ikke i kraft) § 23

### **3 Spesiell del: Miljøhensyn i anskaffelsens ulike faser**

Både EFT og EØS-avtalen inneholder flere bestemmelser som fremhever fellesskapets ansvar og ønske om å føre en miljøvennlig og bærekraftig politikk<sup>85</sup>. EF-domstolen har gjennom sin praksis utviklet feltet for hvor det kan stilles krav om miljøhensyn, også på området for offentlige anskaffelser.

Det primære formålet med en anskaffelse er i utgangspunktet å tilegne seg den ønskede ytelsen på de mest gunstige betingelsene (gjennomføre det gode innkjøpet). Men offentlige organer bruker også anskaffelser til å fremme politiske hensyn, som miljøvern og sysselsetting. Regelverket om offentlige anskaffelser er i hovedsak utformet for å sikre den frie konkurransen og denne målsetningen kan stå i fare dersom innkjøperne prioriterer andre hensyn.<sup>86</sup>

Det er på det rene at ”innføringen av mer diffuse hensyn og nasjonale miljøkrav kunne åpne for muligheter til å favorisere leverandører fra hjemlandet på bekostning av leverandører fra andre land.”<sup>87</sup> Det kan derfor oppstå et spenningsforhold mellom offentlige oppdragsgiveres ønske om å fremme miljøhensyn i anskaffelsesprosessen og EØS-avtalens prinsipp om ikke-diskriminering og dets betydning for målsetningen om økt økonomisk integrasjon.

I det følgende skal vi se nærmere på hvordan oppdragsgiver kan stille miljøkrav i anskaffelsens ulike faser innenfor de rettslige rammene regelverket gir og hvilket spillerom regelverket gir til å fremme miljøhensyn i tilfeller hvor det kan komme i strid med ikke-diskrimineringsprinsippet.

---

<sup>85</sup> Se EFT art 6, 30, 55 og 174, EØS fortale premiss 10 og 11, art 73

<sup>86</sup> Arrowsmith (2005) s.1225

<sup>87</sup> Graver (2001) s. 133

### 3.1 Planleggingsfasen

Reglene om offentlige anskaffelser får anvendelse fra før det offentlige går ut med en kunngjøring, allerede på planleggingsstadiet, jf LOA § 6, og helt frem til det er inngått kontrakt med en leverandør. De vurderinger som foretas på dette stadiet er innkjøpsfaglig viktig, men er rettslig mindre sentralt.

#### 3.1.1 Behovsverifisering

I utgangspunktet er det opp til det enkelte organ å bestemme hva det ønsker å gå til anskaffelse av. Regelverket om offentlige anskaffelser regulerer kun prosessen for hvordan anskaffelser skal gjennomføres. Ønsker oppdragsgiver å kjøpe økologisk mat, kan det her være passende å signalisere det i tittelen, for eksempel ”Økologisk catering kontrakt”<sup>88</sup> eller ”Renholdstjenester med lav miljøbelastning”<sup>89</sup> På denne måten sender myndighetene ut et klart signal om hva slags ytelse de ønsker.

Når beslutningen om hva som skal kjøpes er tatt, følger det av LOA § 6 og FOA § 3-1, åttende ledd, en rettslig plikt for de offentlige oppdragsgiverne til å ta miljøhensyn i alle anskaffelser. Oppdragsgiver ”**skal** under planleggingen av den enkelte anskaffelse ta hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen” (min utheving). Det presiseres både i lovforarbeidene<sup>90</sup> og kommisjonens fortolkningsmeddelelse<sup>91</sup> at oppdragsgiver må påse at slike hensyn ikke står i strid med grunnleggende krav i LOA § 5 og FOA § 3-1.

Selv om plikten etter LOA § 6 og FOA § 3-1, åttende ledd, om å ta miljøhensyn i utgangspunktet knytter seg til planleggingsfasen, forutsetter den at relevante miljøkrav

---

<sup>88</sup> *Grønne indkøb!* (2005) s.16

<sup>89</sup> *Legal framework for GPP* (2008) s. 7

<sup>90</sup> NOU 1997:21 kap. 7.6.8

<sup>91</sup> *Grønne indkøb!* (2005) s. 14

innarbeides også i de øvrige stadiene i prosessen.<sup>92</sup> Hvor mye arbeid som skal legges ned i denne fasen, vil avhenge av størrelsen på og betydningen av anskaffelsen, jf. proporsjonalitetsprinsippet.

Ved for eksempel kjøp av persontransport, bør oppdragsgiver ta stilling til hvem som vil være de faktiske brukerne, hvilke behov har de, om behovet vil endre seg og hva sjåførene hos transportøren kan gjøre for å få ned miljøbelastningen ved transporten. Ved å ta hensyn til slike behov i planleggingsfasen, kan innkjøp gjøres mer miljøeffektivt og man sørger for at brukernes behov blir ivaretatt.<sup>93</sup> For å redusere de negative miljøeffektene av en anskaffelse, bør derfor miljøhensyn integreres i planleggingsfasen. Offentlige oppdragsgivere har også en plikt til å vurdere dette, jf LOA §6.

Det er verdt å merke at det i forarbeidene til LOA presiseres at § 6 i hovedsak vil ”være av motiverende art, og derfor ikke egnet for å sanksjoneres”<sup>94</sup>. Det er kommentert i litteraturen at det er noe uklart hva som ligger i disse uttalelsene, men at det trolig betyr at en manglende hensyntagen til miljømessige konsekvenser ikke er nok til å sette beslutninger til side, jf LOA § 7.<sup>95</sup> Men på bakgrunn av utviklingen som har skjedd, med hensyn til betydningen av miljøhensyn i anskaffelsesprosessen se pkt. 2.1, har trolig synet på innholdet i plikten i LOA § 6 og muligheten for å sanksjonere brudd endret seg.

Det er imidlertid ikke gitt noen særskilt regel for hvordan anskaffelsesmyndighetene skal dokumentere at de har tatt hensyn til de miljømessige konsekvensene av anskaffelsen. Det er mulig at bevis for slike vurderinger sikres gjennom nedtegning i anskaffelsesprotokollene, men dette sier regelverket lite om, jf. FOA § 3-1, syvende ledd.

---

<sup>92</sup> Graver (2001) s. 136

<sup>93</sup> [www.grip.no](http://www.grip.no)

<sup>94</sup> NOU 1997:21 kap. 7.6.8

<sup>95</sup> Graver (2001) s.137

### 3.2 Tekniske spesifikasjoner - krav til ytelsen

Det er gjennom de tekniske spesifikasjonene oppdragsgiver beskriver og setter krav til den ytelsen de ønsker levert. Ønsker oppdragsgiver å foreta en miljøeffektiv anskaffelse, bør de stille krav som underbygger dette i den tekniske spesifikasjonen av ytelsen.

Spesifikasjonene er absolutte minimumskrav som må oppfylles for at tilbudet skal kunne tas i betraktning av oppdragsgiver. Kravene skal angis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget og regler om hvordan slike spesifikasjoner skal utformes følger av FOA §§ 17-1 og 17-3<sup>96</sup>.

Ved utformingen av kravene til ytelsen, heter det i FOA § 17-3 første ledd, ”skal det legges vekt på livssyklus kostnader og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen. Det skal så langt det er mulig stilles konkrete miljøkrav til produktets ytelse eller funksjon”.

For en innkjøper som ønsker å ta miljøhensyn i anskaffelsesprosessen, kan det ved utarbeidelsen av spesifikasjonskravene til ytelsen være formålstjenlig å benytte funksjons- eller behovsspesifikasjon, jf FOA § 17-3, istedenfor å beskrive den ønskede ytelsen i detalj. På denne måten kan oppdragsgiver dra nytte av leverandørenes fagkunnskap og leverandørene gis mulighet til å komme opp med ny teknologi og nye, miljøgunstige løsninger.<sup>97</sup> I FOA § 17-3, andre ledd presiseres det at spesifikasjonene ikke må bryte med likebehandlingsprinsippet eller unødige hindre konkurransen.

Spesifikasjonene som skal ivareta miljøhensyn må knytte seg til tekniske aspekter ved ytelsen og anskaffelsesmyndighetens behov, jf FOA § 17-3, fjerde ledd, bokstav b ”ytelses- eller funksjonskrav; de sistnevnte kan omfatte miljøegenskaper”. I en konkurranse om renholdstjenester kan oppdragsgiver for eksempel spesifisere miljøgifter<sup>98</sup> som de ikke ønsker brukt. Dersom konkurransen knytter seg til en varekontrakt, for eksempel kjøp av kontormøbler, kan oppdragsgiver stille krav om at en andel av tømmeret som blir i

---

<sup>96</sup> Rdir 2004/18/EU art 23

<sup>97</sup> Dragsten (2005) s. 234

<sup>98</sup> NHDs veileder (2004) s. 17

møblene, stammer fra skogbruk som drives etter bærekraftige prinsipper.<sup>99</sup> Hvis leverandørene ikke oppfyller disse kravene, skal de avvises.

Som eksemplene ovenfor viser, skal tekniske spesifikasjoner være objektive, knyttet til kontraktsgjenstanden og konkret utformet. Oppdragsgiver kan derfor ikke stille upresise krav om at ”produktet skal være miljøvennlig”. Slike vage krav gir oppdragsgiver mulighet til å diskriminere.<sup>100</sup> Videre vil for eksempel et krav om at leverandør av kontormøbler bruker resirkulert papir i sin interne drift, ikke ha den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden.<sup>101</sup>

Selv om oppdragsgiver har adgang til å stille strengere krav til ytelsen enn det som er lovpålagt, er det for det første viktig at slike spesifikasjoner ikke begrenser konkurransen i unødvendig grad. For det andre må ikke spesifikasjonen være på et nivå, eller beskrives på en slik måte at det har en diskriminerende effekt ovenfor utenlandske leverandører<sup>102</sup>, jf. FOA § 17-3, tiende ledd.

KOFA har i en sak som dreide seg om hvorvidt Målselv kommune hadde adgang til å stille krav om kjemikaliefri tømning av slamtanker, uttalt seg om miljøkrav i tekniske spesifikasjoner.<sup>103</sup> Kravet om en kjemikaliefri ytelse var blant annet begrunnet i kommunens ønske om å foreta en miljøvennlig anskaffelse. I denne saken sluttet nemda, med henvisning til EF-domstolens avgjørelse i Concordia-saken, at forskriftens formulering om at tekniske spesifikasjoner som ”favoriserer enkelte foretak” ikke skal benyttes, ikke rammet et slikt krav om kjemikaliefritt slamtømmingssystem.

---

<sup>99</sup> <http://procurement.greeninpractice.org/joomla/>

<sup>100</sup> NHDs veileder (2004) s. 17

<sup>101</sup> *Grønne indkøb!* (2005) s. 23

<sup>102</sup> KOM (2001) 274 final, s.11

<sup>103</sup> KOFA-2003-93, forskrift om offentlige anskaffelser fra 2001, § 12-2

### 3.2.1 Produksjonsprosessen

I noen anskaffelser kan oppdragsgiver stille krav til ytelsens produksjonsprosess, på tross av at forslag om å eksplisitt ta inn en regel om dette i direktivet ble avvist.<sup>104</sup> I de norske forarbeidene til loven ble det i sin tid uttrykt skepsis til adgangen til å stille krav til produksjonsprosessen<sup>105</sup>, men en slik holdning er i dag uttrykkelig forlatt.

Kommisjonen fremhever i sin fortolkningsmeddelelse at anskaffelsesdirektivet gir oppdragsgiver adgang til å stille spesielle krav til produksjonsprosessen for å ivareta miljøhensyn<sup>106</sup>. Eksempler på lovlige krav til produksjonsprosessen er økologisk dyrket mat eller at strøm skal stamme fra fornybare energiresurser, såkalt ”grønn strøm” hvilket også har blitt slått fast av EF-domstolen<sup>107</sup>. Forutsetningen er at produktet, på bakgrunn av den spesielle produksjonsprosessen, skiller seg fra andre liknende produkter. Men det er ikke noe krav om at disse egenskapene må være synlige. Uansett må de grunnleggende kravene til anskaffelsesprosessen overholdes<sup>108</sup> og de tekniske spesifikasjonene må knyttes til kontraktsgjenstanden.

At spesifikasjonen av ytelsen skal annonseres i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen, jf. FOA § 17-4, fjerde ledd, må ses i sammenheng med de grunnleggende kravene til anskaffelsesprosessen, jf. LOA § 5 og FOA § 3-1, særlig kravet til forutberegnlighet og gjennomsiktighet.

### 3.2.2 Krav om dokumentasjon – herunder miljømerker

For å ivareta hensynet til likebehandling og objektivitet i prosessen, må leverandørene dokumentere at de oppfyller de tekniske spesifikasjonene oppdragsgiver har satt. Hvor

---

<sup>104</sup> Arrowsmith (2004) s. 1290

<sup>105</sup> NOU 1997: 21, pkt. 7.6.4

<sup>106</sup> *Grønne indkøb!* (2005) s. 23

<sup>107</sup> C-448/01 EVN and Wienstrom v Austria premiss 34

<sup>108</sup> KOM (2001) 274 endelig, s 11,

oppdragsgiver har fastsatt miljøkrav ved ytelse- eller funksjonskrav, jf FOA § 17-3, fjerde ledd, bokstav b, kan de ved utformingen av kravene bruke spesifikasjoner fra ulike miljømerker som tekniske spesifikasjoner, jf FOA § 17-3, syvende ledd, forutsatt at det aktuelle miljømerket oppfyller fire kriterier angitt i a) til d).<sup>109</sup>

For det første må de aktuelle spesifikasjonene være egnet til å definere egenskapene til produktet som er kontraktens gjenstand. For det andre må merket være utarbeidet på grunnlag av vitenskaplig informasjon. Det tredje kravet er at miljømerket må være vedtatt i en prosess der alle berørte parter har kunnet delta. Og det fjerde og siste kravet er at kravene til miljømerket må være tilgjengelig for alle parter.

Oppdragsgiver må ta de aktuelle spesifikasjonene fra miljømerket og sette dem inn i konkurransegrunnlaget, da en ren henvisning trolig ikke tilfredsstiller kravet om gjennomsiktighet og forutberegnlighet. Videre kan oppdragsgiver heller ikke kreve at leverandørene har det aktuelle miljømerket, men må akseptere annen dokumentasjon på at de tekniske spesifikasjonene er oppfylt, jf FOA § 17-3, åttende ledd.

Noen av de mest kjente miljømerkene i dag er EU-blomsten og miljømerket Svanen. De er begge frivillige, basert på produktenes livslykluskostnader og krever verifisering av en tredjepart.<sup>110</sup> Leverandørene kan vise til at de har den aktuelle miljøsertifiseringen som bevis på at de tekniske spesifikasjonene er oppfylt.

De tekniske spesifikasjonene skal ikke vise til et bestemt merke, bestemt prosess eller liknende, med mindre det er nødvendig for at beskrivelsen skal bli tilstrekkelig presis. Men da er det viktig at beskrivelsen ledsages av ”eller tilsvarende”, jf FOA § 17-3, tiende ledd. Et eksempel på dette er hvor oppdragsgiver ønsker å kjøpe ”grønn strøm”. De kan ikke spesifisere at den skal være produsert ved enten vann- eller vindkraft, men også strøm fra andre fornybare energikilder, som solenergi, må aksepteres.

---

<sup>109</sup> Sml. Rdir. 2004/18/EU art 23

<sup>110</sup> *Grønne indkøb!* (2005) s. 20



En måte for oppdragsgiver å ivareta miljøhensyn ved for eksempel kjøp av personbiler, kan være å stille krav til bilenes CO2-utslipp som teknisk spesifisering. Som dokumentasjon på at kravet til utslippsnivået er oppfylt, kan leverandørene for eksempel vise til testresultater fra laboratorier akkreditert etter standardene ISO/IEC 17000 serien om utslipp av CO2 per kilometer for ulike bilmodeller eller som alternativ dokumentasjon kan leverandørene vise til tekniske datablad fra produsenten.<sup>111</sup>

### 3.3 Kvalifikasjonsfasen - krav til leverandøren

Gjennom å stille kvalifikasjonskrav til leverandørene kan oppdragsgiver si ut de leverandørene som de anser egnet til å oppfylle kontrakten, jf. FOA § 17-4, andre ledd<sup>112</sup>. I følge § 17-4, første ledd kan oppdragsgiver stille ”minimumskrav til leverandørene, herunder til deres tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling”. Kravene er absolutte, så hvis en leverandør ikke oppfyller kravene, skal den leverandøren avvises, jf FOA § 20-12. Regelverket inneholder en uttømmende regulering av hvilke forhold som kan vurderes i kvalifikasjonsfasen.<sup>113</sup>

I FOA § 17-4, tredje ledd presiseres det at kvalifikasjonskravene ikke må diskriminere leverandørene, men at kravene skal angis i kunngjøringen jf FOA § 17-5, første ledd, på en måte som gjør at alle leverandører har like muligheter til å oppfylle dem. På bakgrunn av de grunnleggende kravene til anskaffelsesprosessen, se pkt 2.3.4, er synliggjøring av kvalifikasjonskravene viktig.

---

<sup>111</sup> [www.grip.no](http://www.grip.no)

<sup>112</sup> Sml Rdir 2004/18/EU art 44 ,47 og 48

<sup>113</sup> C-31/87 Beentjes v the Netherlands, premiss 17

### 3.3.1 Diskvalifikasjon/avvisning

Oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, som ikke har levert dokumentasjon på at kravene er oppfylt eller er funnet skyldig i straffbare forhold, jf FOA § 20-12, første ledd. Etter andre ledd kan leverandører som er dømt for forhold angående yrkesmessigandel eller ”alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje” avvises. Det innebærer at oppdragsgiver som ønsker å ivareta miljøhensyn kan avvise leverandører som har brutt miljølovgivning<sup>114</sup>, forutsatt at det foreligger objektive bevis for bruddene, at avvisningen er proporsjonal med disse<sup>115</sup> og at det var opplyst i konkurransegrunnlaget.

### 3.3.2 Finansiell og økonomisk kapasitet

Kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørenes økonomiske og finansielle stilling, er i liten grad egnet til å fremme/integrere miljøkrav.<sup>116</sup> Formålet med å kreve dokumentasjon på finansiell og økonomisk kapasitet, er at oppdragsgiver skal kunne forsikre seg om at leverandørene har den nødvendige kapasitet for å oppfylle kontrakten, jf FOA § 17-8. Det er antatt at denne bestemmelsen også angir rammene for hvilke krav oppdragsgiver kan stille til leverandørens finansielle og økonomiske stilling, men listen er ikke uttømmende, se § 17-8 første ledd jf. fjerde ledd. Men også i forhold til dokumentasjon av slik kapasitet, er det viktig at kravene som blir stilt er proporsjonale med anskaffelsen.

### 3.3.3 Tekniske kvalifikasjonskrav

Krav til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner skal ”særlig baseres på kriterier som faglig kompetanse, effektivitet, erfaring og pålitelighet”, FOA § 17-4, første ledd.

Kvalifikasjonskravene ”skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene” jf § 17-4, andre ledd. Den naturlige forståelsen av forskriftens

---

<sup>114</sup> NHDs veileder (2004) s. 23 og *Grønne indkøb!* (2005) s. 28

<sup>115</sup> FADs veileder (2006) s. 159

<sup>116</sup> KOM (2001) 274 endelig, s 14

ordlyd er her at kravene som stilles må være knyttet til og relevante for gjennomføringen av kontrakten.<sup>117</sup>

Oppdragsgiver kan stille miljørelaterte krav til leverandørene i denne fasen dersom det er relevant for gjennomføringen av kontrakten. Etter ordlyden skal kravene ”sikre” at leverandørene kan oppfylle kontrakten. Oppdragsgiver kan derfor, i henhold til proporsjonalitetsprinsippet, ikke stille strengere krav til leverandørene enn det som trenges for å forvisse seg om at de har kapasitet og kompetanse til å gjennomføre kontrakten.

Et eksempel på kvalifikasjonskrav om ivaretar miljøhensyn er krav om at leverandørene skal ha erfaring med liknende type prosjekter hvor hensynet til miljø har stått sentralt. Hvis den offentlige oppdragsgiveren for eksempel ønsker å få bygget en ny bygning som er spesielt energi- og vanneffektiv, kan de stille krav om at nøkkelpersonell hos leverandøren har erfaring med slik byggeteknikk. Dersom det er snakk om kjøp av tjenester, kan det for eksempel stilles krav om system for opplæring og bruk av verktøy som er nødvendig for å ivareta miljøhensyn. Et eksempel på slike krav er at det ved kjøp av renovasjonstjenester kan det stilles krav om at leverandørene har personell med tilstrekkelig kunnskap og teknologi til gjenvinning og håndtering av eventuelt skadelig avfall.<sup>118</sup> Både kravet om erfaring og kunnskap er i disse eksemplene knyttet til kontraktgjenstanden, proporsjonale og ikke-diskriminerende, og derfor lovlige krav å stille til leverandørenes tekniske kapasitet.

I noen konkurranser om levering av et produkt, for eksempel kontormøbler, vil oppdragsgiver kunne stille krav til leverandørenes rutiner for kvalitetssikring på de ulike stadiene i produksjonsprosessen.<sup>119</sup> Dette sikrer at kravene til tekniske kvalifikasjoner blir etterlevd i kontraktsperioden og at produktet som blir levert har den avtalte kvaliteten, men det forutsetter at et slikt krav er proporsjonalt med kontraktens størrelse og omfang.

---

<sup>117</sup> KOM (2001) 274 endelig s 15

<sup>118</sup> *Grønne indkøb!* (2005) s. 29

<sup>119</sup> <http://procurement.greeninpractice.org/joomla/>

### 3.3.4 Krav om dokumentasjon – herunder miljøledelsessystemer

FOA inneholder detaljerte regler for hvordan leverandørene kan dokumentere at de oppfyller kvalifikasjonskravene som oppdragsgiver har angitt i konkurransegrunnlaget, jf FOA §§ 17-7 – 17-11. Slike dokumentasjonsregler bidrar til å sikre likebehandling av leverandørene.

Når det gjelder dokumentasjon av leverandørens tekniske kapasitet, jf FOA § 17-9, har EF-domstolen lagt til grunn at tilsvarende direktivbestemmelser<sup>120</sup> inneholder en uttømmende oppramsing av mulig dokumentasjon<sup>121</sup> i varekontrakter. FOA §§ 17-10, 17-11 og 17-12 regulerer dokumentasjon av henholdsvis registrering, alternativ dokumentasjon og kvalitetssikringsstandarder.

FOA § 17-13, første ledd<sup>122</sup> inneholder en ny regel om dokumentasjon. Det følger av bestemmelsen at som bevis for at leverandørene har de tekniske evner som oppdragsgiver har stilt krav om i konkurransegrunnlaget, kan de legge frem eventuell sertifisering av miljøledelsessystem i foretaket. Dette gjelder kun for tjenestekontrakter og bygg- og anleggskontrakter og er avhengig av ”arten, mengden eller anvendelsen av de ytelser som skal presteres”.

Miljøledelsessystemer skal hjelpe organisasjoner å få oversikt over deres virksomhets miljøpåvirkning gjennom bedre kontroll med bruk av råvarer og energi, utslipp og avfallshåndtering.<sup>123</sup> ISO 14001 og EMAS er i dag to av de mest kjente systemene for miljøledelse. ISO 14001 er et verdensomspennende system og bygger på en kartlegging av

---

<sup>120</sup> Rdir 2004/18/EU art 48

<sup>121</sup> Trygstad (2006) s. 123

<sup>122</sup> Rdir 2004/18/EU art 48, nr 2, f

<sup>123</sup> NHDs veileder (2004) s. 25

bedriften hvor det settes tilpassede miljømål. Kravene som må oppfylles for å oppnå sertifisering er lave i starten, men strammes inn etter hvert gjennom jevnlig revisjoner (ca 1-2 ganger i året) EMAS er EUs system for miljøsertifisering hvor registreringen foretas av myndighetene. Det fastsettes så en tidsramme (fra 1 til 3 år) i samråd med det foretaket som sertifiseres, for når de vesentlige aspekter av miljøledelsessystemet skal være gjennomgått. EMAS er lite brukt i dag.<sup>124</sup>

I Norge har vi i tillegg en egen sertifiseringsordning, Miljøfyrtårnet, som er et lavterskeltilbud hvor både private og offentlige virksomheter kan sertifisere seg. Denne sertifiseringen koster mindre enn de to andre og er i Norge den sertifiseringen med størst utbredelse.<sup>125</sup>

Selv om leverandørene kan bruke eventuell miljøsertifisering som bevis for at de oppfyller de tekniske kvalifikasjonskravene, må oppdragsgiver på grunn av diskrimineringsforbudet også godta annen dokumentasjon på at ”tilsvarende miljøledelsestiltak” er gjennomført og kvalifikasjonskravene oppfylt, jf FOA § 17-13, andre ledd.

For at oppdragsgiver skal ha adgang til å stille krav om miljøledelse hos leverandørene, må det være relevant for utførelsen av oppdraget og proporsjonalt med omfanget av kontrakten, jf FOA § 17-13, første ledd. Oppdragsgiver har derfor ikke adgang til å ha ”miljøledelse” som et generelt krav i alle typer kontrakter, men det må vurderes konkret. Kommisjonen bruker som eksempel at i en kontrakt om et byggeprosjekt i et vernet naturområde, som krever at særlige forholdsregler blir tatt for å beskytte naturen, kan det være aktuelt å stille krav om miljøledelse hos leverandøren.<sup>126</sup>

På bakgrunn av rettskildene som er gjennomgått ovenfor og den rådende konsensus om behovet for vern av miljøet, er det anerkjent at det ikke kun er naturreservater,

---

<sup>124</sup> [www.grip.no](http://www.grip.no)

<sup>125</sup> [www.grip.no](http://www.grip.no)

<sup>126</sup> *Grønne indkøb!* (2005) s. 31

nasjonalparker og andre særlig vernede deler av naturen som trenger beskyttelse. Derfor vil oppdragsgiver antagelig ha mulighet til å stille krav om miljøledelse for prosjekter som kan påvirke naturen, selv om det bare er ”vanlig” natur det er snakk om eller andre mer dagligdagse miljøutfordringer knyttet til gjennomføring av kontrakten.<sup>127</sup> Både krav om miljøledelsessystem og miljøerfaring er i dag anbefalte kvalifikasjonskrav i kontrakter om planlegging og prosjektering av bygg.<sup>128</sup>

I en sak for KOFA om anskaffelse av renovasjonstjenester<sup>129</sup>, hadde oppdragsgiver (innklagede) under tildelingskriteriet ”miljøhensyn” som veide 10 %, blant annet lagt vekt på miljøpolitikk, miljøstyringssystem og andre dokumenterte miljømål hos leverandørene. Siden forholdet var regulert av anskaffelsesforskriften av 2001, hvor miljøhensyn ikke var eksplisitt inntatt i forskriften, konkluderte klagenemda, med referanse til Concordia og EVN saken, med at ”[v]ed anskaffelse av renovasjonstjenester vil det etter klagenemdas oppfatning være relevant å se hen til om tjenesten kan gjennomføres på en miljømessig bra måte. På denne bakgrunn finner klagenemda at innklagede hadde anledning til å vurdere leverandørenes miljøpolitikk/dokumenterte miljømål og miljøstyringssystemer i tildelingsevalueringen”<sup>130</sup>.

### 3.4 Tildelingsfasen

Blant de kvalifiserte leverandørene skal oppdragsgiver velge ut en til å oppfylle kontrakten. I tråd med kravene til forutberegnlighet og gjennomsiktighet er oppdragsgiver i dette valget bundet av de tildelingskriteriene som er angitt i konkurransegrunnlaget. Det er imidlertid adgang til å gjøre ikke-vesentlige ”rettinger, suppleringer eller endringer” før tilbudsfristen går ut, jf FOA § 17-2, første ledd.

---

<sup>127</sup> FADs veileder (2006) s. 116

<sup>128</sup> <http://procurement.greeninpractice.org/joomla/>

<sup>129</sup> KOFA-2007-38

<sup>130</sup> KOFA-2007-38, avsnitt 52

Når prosessen har kommet dit at en leverandør skal tildeles kontrakten, har oppdragsgiver i hovedsak valget mellom to kategorier av kriterier å tildele en kontrakt etter, enten laveste pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf FOA § 22-2, første ledd. Hvis oppdragsgiver velger å tildele kontrakten etter ”det økonomisk mest fordelaktige tilbudet” åpnes det for å en bredere vurdering hvor en søker å finne det tilbudet som gir det beste forholdet mellom pris og kvalitet.<sup>131</sup> Velger imidlertid oppdragsgiver det første alternativet, å tildele kontrakt ”utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen”, etterlater det lite rom for miljøhensyn på dette stadiet i anskaffelsesprosessen. Den videre drøftelsen av adgangen til å integrere miljøhensyn forutsetter derfor at oppdragsgiver har valgt å tildele kontrakt etter hva som er økonomisk mest fordelaktig.

Lovforarbeidenes syn på oppdragsgivers begrensede muligheter til å innta miljøhensyn i tildelingskriteriene<sup>132</sup> ble tidlig kritisert i litteraturen<sup>133</sup>, og er nå uttrykkelig forlatt ved at det motsatte følger av FOA § 22-2, andre ledd hvor ”miljøegenskaper” er eksplisitt inntatt i oppregningen av mulige tildelingskriterier.

At ”miljøegenskaper” ble inntatt i anskaffelsesdirektivet, og videre i FOA, som eksempel på mulig tildelingskriterium, må ses på bakgrunn av praksis fra EF-domstolen, særlig Concordia-saken<sup>134</sup> og EVN-saken<sup>135</sup>. I begge sakene knyttet spørsmålene som var oppe for domstolen, seg til hva som er lovlige tildelingskriterier. I Concordia-saken viser EF-domstolen sin dynamiske og utviklende karakter<sup>136</sup>, ved å tolke daværende direktivbestemmelser om tildelingskriterier utvidende til også å omfatte miljøhensyn<sup>137</sup>. I EVN-saken viste EF-domstolen til uttalelsene i Concordia-saken og la til grunn at

---

<sup>131</sup> Trygstad (2006) s. 28

<sup>132</sup> I NOU 1997:21. s.116

<sup>133</sup> Graver (2001) s. 141

<sup>134</sup> C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki,

<sup>135</sup> C-448/01 EVN and Wienstrom v Austria

<sup>136</sup> *EØS-rett* (2004) s. 215

<sup>137</sup> C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki, premiss 57

miljøhensyn er et lovlig tildelingskriterium<sup>138</sup>. Denne praksisen ble så kodifisert i det nye anskaffelsesdirektivet av 2004<sup>139</sup> og FOA § 22-2.

Regelverket legger opp til en vid fortolkning av hva som er det ”økonomisk mest fordelaktig” tilbudet og det er sikker rett at oppdragsgiver i denne vurderingen også kan legge vekt på ikke-økonomiske hensyn. Blant annet uttaler domstolen i Concordia-saken at listen i (den tidligere) direktivbestemmelsen<sup>140</sup> over hva som kan brukes som tildelingskriterier ikke er uttømmende. Domstolen viser til direktivets ordlyd ” som det klart fremgår af denne bestemmelses ordlyd og navnlig af anvendelsen af udtrykket »f.eks.«”<sup>141</sup> for å begrunne det standpunktet. Videre fremholder retten at direktivbestemmelsen ” ikke fortolkes således, at ethvert af de kriterier, den ordregivende myndighed udvælger med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, nødvendigvis skal være af rent økonomisk karakter”<sup>142</sup>. For å underbygge dette standpunktet viser domstolen blant annet til at ”æstetiske værdi” var nevnt i artikkelen som mulig tildelingskriterium, og det er et typisk ikke-økonomisk hensyn.

I en høyesterettsdom av 14. desember 2007<sup>143</sup> om lovligheten av ”leveringssikkerhet” som tildelingskriterium, legger Høyesterett til grunn EF-domstolens fortolkning av hva som ligger i det økonomisk mest fordelaktige tilbudet og sier at ”det fremgår av EF-domstolens praksis at tildelingskriteriene ikke nødvendigvis må begrenses til en snever økonomisk vurdering”.

At hvert enkelt tildelingskriterium ikke behøver å være av en økonomisk karakter for å vurdere hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, har senere blitt gjentatt av

---

<sup>138</sup> C-448/01 EVN and Wienstrom v Austria, premiss 34

<sup>139</sup> Rdir. 2004/18/EU, fortalet, premiss 1 og art 53 nr 1, bokstav a

<sup>140</sup> Rdir. 92/50, art 36 (1)(a)

<sup>141</sup> C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki, premiss 54

<sup>142</sup> C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki, premiss 55

<sup>143</sup> HR-2007-02114-A, avsnitt 36



EF-domstolen i blant annet EVN-saken<sup>144</sup>. Som dette illustrerer følger EF-domstolen i mange tilfeller egen praksis, selv om det er også finnes eksempler på det motsatte<sup>145</sup>. Likevel ser ikke EF-domstolens seg bundet av egen praksis på samme måte som de norske domstolene gjør.<sup>146</sup>

Verken LOA eller FOA inneholder noen regulering av hvordan oppdragsgiver kan sette sammen eller kombinere tildelingskriterier.<sup>147</sup> Så lenge hvert enkelt kriterium oppfyller de kravene som følger av regelverket, har EF-domstolen slått fast at det er begrenset overprøvingsadgang med hensyn til sammensetningen av kriterier.<sup>148</sup> I en konkurranse om levering av kontormøbler kan oppdragsgiver for eksempel bruke ”garantitid” som tildelingskriterium.<sup>149</sup> Siden miljøutfordringer for slike produkter i hovedsak er knyttet til råvarene, vil ”garantitid” gi uttelling for produkter med god kvalitet og lang brukstid, slik at negative miljøkonsekvenser ved anskaffelsen reduseres. Kriteriet har også et økonomisk aspekt idet oppdragsgiver slipper å påregne reparasjonskostnader for den tiden garantien gjelder.

Avgjørelsene i Concordia-saken og EVN-saken må ses i sammenheng med tre tidligere avgjørelser fra EF-domstolen: Beentjes<sup>150</sup>, Evans Medical<sup>151</sup> og SIAC Konstruktion<sup>152</sup> som har bidratt til utviklingen av hva offentlige oppdragsgivere lovlig kan bruke som tildelingskriterier, særlig når det gjelder ikke-økonomiske hensyn.

---

<sup>144</sup> C-448/01 EVN and Wienstrom v Austria, premiss 32

<sup>145</sup> C-267/91 og C268/91 Criminal proceedings against Keck and Mithouard (”Keck”)

<sup>146</sup> *EØS-rett* (2004) s. 214

<sup>147</sup> Trygstad (2006) s. 147

<sup>148</sup> C-31/87 Beentjes v the Netherlands, premiss 19

<sup>149</sup> <http://procurement.greeninpractice.org/joomla/>

<sup>150</sup> C-31/87 Beentjes v the Netherlands

<sup>151</sup> C-324/93 R v Secretary of State for the Home Department Ex p Evans Medical Ltd

<sup>152</sup> C 19/00 SIAC Construction Ltd v Mayo CC

Dersom oppdragsgiver ønsker å legge vekt på miljøhensyn ved tildeling av kontrakten, er det viktig at det synliggjøres. I anskaffelsesforskriften § 22-2, andre ledd heter det at "[a]lle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget". Denne regelen søker, som de øvrige reglene om publisitet, å gjøre prosessen mer gjennomiktig og øke forutberegnligheten for leverandørene. Men siden tildelingskriteriene er bindende for oppdragsgiver, kan det være en ekstra utfordring å på et tidlig stadium beskrive kriterier som ivaretar miljøhensyn samt kostnadseffektivitet.<sup>153</sup>

### 3.4.1 Utformingen av og innholdet i tildelingskriteriene

Det er prinsipielt sett full adgang for offentlige oppdragsgivere å benytte seg av miljøhensyn ved tildeling av kontrakt, jf. FOA § 22-2. EF-domstolen fremholdt i Concordia-saken at anskaffelsesreglene "ikke udelukker muligheden for, at den ordregivende myndighed anvender kriterier vedrørende bevarelse af miljøet i forbindelse med vurderingen af, hvilket bud der er det økonomiske mest fordelagtige"<sup>154</sup>. I denne fortolkningen av regelverket viste EF-domstolen til art 6 og 130R (i dag art 174) EFT om miljøvern i fellesskapsretten. Avgjørelsen viser hvordan EF-domstolen bruker de grunnleggende prinsippene, som blant annet kommer til uttrykk i traktaten, i fortolkningen av innholdet i sekundærlovgivningen.

EF-domstolen uttalte videre at de offentlige myndigheter likevel ikke står helt fritt med hensyn til hvordan miljøhensyn kan integreres i tildelingsfasen.<sup>155</sup> På bakgrunn av flere prinsipielle avgjørelser fra EF-domstolen og bestemmelser i FOA, kan det formuleres seks generelle krav som alle tildelingskriterier i utgangspunktet må oppfylle. Høyesterett har uttalt om bruk av miljøhensyn som tildelingskriterium at "[d]ette godtok EF-domstolen dersom de generelle vilkår var oppfylt."<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> Krüger (2004) s. 361

<sup>154</sup> C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki, premiss 57

<sup>155</sup> C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki, premiss 58

<sup>156</sup> HR-2007-02114-A, avsnitt 36

#### 3.4.1.1 Egnethet

Selv om det i dag ikke er tvil om at miljøhensyn, og andre ikke-økonomiske hensyn, kan brukes som tildelingskriterier, jf. FOA § 22-2, andre ledd, er det et ubetinget krav om at det enkelte kriteriet må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Dette ble uttalt av EF-domstolen i Beentjes-saken<sup>157</sup> hvor retten slo fast at myndighetenes valgmuligheter med hensyn til tildelingskriterier begrenses til ”kun [å] vedroere kriterier, som har til formaal at identificere det oekonomisk mest fordelagtige tilbud”<sup>158</sup>.

Dette har senere blitt gjentatt i flere saker, blant annet i Concordia-saken<sup>159</sup>, hvor domstolen viser til uttalelsen i Beentjes-saken. Så når EF-domstolen i Concordia-saken uttaler at den dagjeldende direktivbestemmelsen<sup>160</sup> ikke kan forstås som at alle tildelingskriteriene ”nødvendigvis skal være af rent økonomisk karakter”<sup>161</sup> for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, fremstår det nærmest som et slags unntak fra en hovedregel. At domstolen fremhever at ikke ”ethvert” kriterium må være av økonomisk karakter, indikerer at utgangspunktet er at de fleste vil være det.

#### 3.4.1.2 Klarhet

Det er gjennom EF-domstolens praksis skapt et krav om at tildelingskriteriene må være formulert tilstrekkelig klart og presist for å ivareta regelverkets grunnprinsipper, se pkt 2.3.4. Dette ble slått fast i SIAC Construction-saken ” kriterierne for tildeling skal angives i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen således, at det gøres muligt for alle

---

<sup>157</sup> C-31/87 Beentjes v the Netherlands

<sup>158</sup> C-31/87 Beentjes v the Netherlands, premiss 19

<sup>159</sup> C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki, premiss 59, C-324/93 R v Secretary of State for the Home Department Ex p Evans Medcal Ltd, premiss 42, C 19/00 SIAC Construction Ltd v Mayo CC, premiss 36

<sup>160</sup> Rdir. 92/50 Art 36 (1)(a)

<sup>161</sup> C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki, premiss 55

rimeliglyt oplyste og normalt påpasselig bydende, at fortolke dem på samme måte”.<sup>162</sup>

Denne formuleringen ble gjentatt av domstolen i EVN-saken.<sup>163</sup> Slik domstolen formulerer klarhetskravet, synes det ikke bare å sette rammer for hvilke kriterier oppdragsgiver kan legge vekt på ved tildelingen av kontrakten, men også et krav om en viss forutberegnlighet med hensyn til hvilke momenter som oppdragsgiver kan vurdere under det enkelte kriteriet, når disse ikke er nærmere angitt.<sup>164</sup>

EF-domstolen tok i EVN-saken blant annet stilling til om oppdragsgiver hadde gitt tilstrekkelig informasjon i konkurransegrunnlaget. Domstolen uttalte at unnlatelse av å opplyse om for hvilken periode leverandørene skulle beregne strømløversansen kan utgjøre et brudd på kravet om presis utforming av tildelingskriteriene dersom det skulle vise seg ”at denne unndatelse har gjort det vanskelig eller endog umulig for de bydende at kende den nøjagtige rekkevidde af det omhandlede kriterium og derfor være i stand til at fortolke det på samme måte”.<sup>165</sup> <sup>166</sup>

For å vurdere om tildelingskriteriene er formulert tilstrekkelig klart kan ikke leverandørene se på kriteriene isolert sett, men de må tolkes i lys av opplysningene som fremkommer av konkurransegrunnlaget for øvrig.<sup>167</sup>

I en åpen anbudskonkurranse om levering av pasientterminaler til et sykehus kom KOFA i sin uttalelse til at tildelingskriteriet ”miljøforhold” oppgitt med tillegget ”(støy, utslipp mv.)” tilfredsstilte klarhetskravet på tross av tillegget ”mv”. Dette resultatet begrunner nemda med ”[a]t eksemplifiseringen ikke er uttømmende angitt, kan imidlertid ikke i seg selv være avgjørende i vurderingen av om tildelingskriteriet gir leverandørene mulighet til

---

<sup>162</sup> C 19/00 SIAC Construction Ltd v Mayo CC, premiss 42

<sup>163</sup> C-448/01 EVN and Wienstrom v Austria, premiss 57

<sup>164</sup> Trygstad (2006) s. 58-64

<sup>165</sup> C-448/01 EVN and Wienstrom v Austria, premiss 58

<sup>166</sup> Trygstad (2006) s. 53

<sup>167</sup> Trygstad (2006) s. 54-55

å forutse hvilke forhold som skal vurderes. Begrepet ”*Miljøforhold*” setter rammer for hvilke forhold som naturlig kan inngå i bedømmelsen av tildelingskriteriet”.<sup>168</sup> At oppdragsgiver i denne saken tilkjenner i konkurransegrunnlaget at eksemplifiseringen av mulige momenter under et tildelingskriterium ikke er uttømmende angitt, gjør ikke kriteriet i seg selv mer upresist. Tildelingskriteriet ”miljøforhold” kan imidlertid komme i strid med kravet om objektivitet, se pkt. 3.4.1.5, fordi det gir oppdragsgiver stor skjønnsmargin ved evaluering av tilbudene, særlig hvor de eksemplifiserende momentene er uklare. Det er derfor mulig at klager i denne saken hadde hatt større suksess med å påberope seg manglende objektivitet i tildelingskriteriet.

#### 3.4.1.3 Tilknytning

Det følger av anskaffelsesforskriftens ordlyd at de tildelingskriterier som benyttes for å vurdere hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden, se FOA § 22-2, andre ledd<sup>169</sup>, men det spesifiseres ikke hva som ligger i dette kravet. Kriterienes tilknytning til kontraktsgjenstanden skal gjøre det mulig å vurdere forholdet mellom pris og kvalitet for hvert tilbud.

I Concordia-saken argumenterer generaladvokaten i sin innstilling for at det ikke er noe krav om at et tildelingskriterium som ivaretar miljøhensyn må være knyttet til kontraktsgjenstanden<sup>170</sup>. Som grunnlag for denne konklusjonen viser generaladvokaten til EF-domstolens resultat i Beentjes-saken og i en annen sak mot Frankrike<sup>171</sup> hvor tildelingskriterier som premierte sysselsetting av langtidsledige arbeidstakere ble akseptert på tross av manglende tilknytning til gjennomføringen av kontrakten. Men domstolen fulgte ikke generaladvokatens innstilling på dette punktet, og formulerte i Concordia-saken et klart krav om tildelingskriteriers tilknytning til kontraktsgjenstanden.

---

<sup>168</sup> KOFA-2005-111, avsnitt 24

<sup>169</sup> Rdir. 2004/18 art 53 og fortalen, premiss 46

<sup>170</sup> C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki, Advokat General, premiss 112

<sup>171</sup> C-225/98 Commission v France

I EVN-saken kom EF-domstolen til at kravet om tilknytning ikke var oppfylt. Oppdragsgiver hadde stilt krav om at leverandørene måtte levere minst den mengden strøm som tilsvarte oppdragsgivers forbruk fra fornybare energikilder og i tillegg ble det gitt ekstrapoeng for hvor mye ”grønn” strøm de kunne levere utover dette. Kravet knyttet seg derfor ikke til kontraktens gjenstand, men til hvor mye ”grønn” strøm leverandørene kunne levere på generell basis.<sup>172</sup> Videre fremholdt domstolen at et slikt kriterium også kunne ha en diskriminerende effekt ovenfor mindre bedrifter (SMB), ved at større selskaper lettere kunne få tak i mer grønn strøm enn de mindre selskapene.

EVN-saken viser videre at kravet om tilknytning ikke er til hinder for at oppdragsgiver kan oppstille tildelingskriterier som knytter seg til produksjonsprosessen av den varen de ønsker kjøpt. Produktet de østerrikske myndigheten ønsket å kjøpe var strøm, og EF-domstolen slo da fast at det er lov å gi poeng til leverandører i tildelingsfasen som kunne levere strøm som var produsert fra fornybare energiresurser.

Det følger av EU-kommisjonens fortolkningsmeddelelse om miljø og offentlig innkjøp fra 2001 at det også etter deres syn er lovlig for oppdragsgiver å bruke tildelingskriterier som knytter seg til produksjonsprosessen, så lenge det endelige produktet skiller seg fra andre tilsvarende produkter som ikke er produsert på en miljøvennlig måte. Det er ikke noe krav om at en miljøvennlig produksjonsprosess er synlig i sluttproduktet. Eksempler på slike produkter er ”grønn” strøm og organisk dyrket frukt og grønnsaker.<sup>173</sup>

Kommisjonen har i den senere tiden presisert kravet om tilknytning<sup>174</sup> og understreker at oppdragsgiver ikke har adgang til å kun gi poeng for ”grønn” strøm fra, for eksempel, vannkraft. Ønsker oppdragsgiver å kjøpe grønn strøm, må de premiere strøm fra sol- og

---

<sup>172</sup> Dragsten (2005) s. 242

<sup>173</sup> KOM (2001) 274 endelig, s 11

<sup>174</sup> *Grønne indkøb!* (2005) s. 23

vindenergi på lik linje som vannkraft.<sup>175</sup> Dette følger av prinsippet om likebehandling og ikke-diskriminering. Videre vil et tildelingskriterium som gir poeng for strøm produsert ved vindenergi nær sagt alltid ha en diskriminerende effekt, da slik produksjon i hovedsak kun finner sted i Danmark og Nederland.<sup>176</sup>

I teorien er det noe uenighet om hvor vidtrekkende kravet til tilknytning er. Graver har uttalt, på bakgrunn av EF-domstolens avgjørelser i Concordia-saken og EVN-saken samt kommisjonens uttalelser, at oppdragsgiver i tildelingsfasen kan gi poeng til leverandører som kan vise til miljøvennlige produksjonsprosesser uten å komme i konflikt med kravet om tilknytning. Graver fremholder videre at "[d]e vesentlige skrankene i forhold til bruk av miljøhensyn som tildelingskriterium vil derfor ikke være skillet mellom de forskjellige stadiene i en vares eller tjenestes livsløp, men hvorvidt kriteriet har betydning for oppdragsgivers egen miljøprofil"<sup>177</sup>.

På den andre siden hevder Trygstad, på bakgrunn av at en vurdering av produksjonsprosessen ikke synes egnet til å fremme et tilbuds kvalitative og kvantitative sider, at "[t]ildelingskriterier som fremmer miljøvennlige produksjonsprosesser, vil således ikke ha den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden"<sup>178</sup>.

Trygstads synspunktet synes ikke å være forenlig med verken EU-kommisjonen fortolkning av regelverket eller rettspraksis fra EF-domstolens som vist ovenfor. Videre er det noe usikkert om et offentlig organs definisjon av seg selv som for eksempel "miljøkommune" er tilstrekkelig for å påvirke de rettslige rammene for hvilke kriterier oppdragsgiver kan bruke ved tildeling av kontrakt, da egnethet og proporsjonalitet må vurderes på objektivt grunnlag.

---

<sup>175</sup> KOM (2001) 274 endelig, s 11, note 22

<sup>176</sup> Dragsten (2005) s. 235

<sup>177</sup> Graver (2007) s.5

<sup>178</sup> Trygstad (2006) s. 94

#### 3.4.1.4 Må følge gjeldende prosessuelle krav

Det er et selvsagt krav at de gjeldende regler for anskaffelsesprosessen, slik de kommer til uttrykk i lov og forskrift, skal følges også med hensyn til utforming av tildelingskriteriene. Dette kravet følger eksplisitt av anskaffelsesforskriften § 22-2, andre ledd<sup>179</sup> jf LOA § 5 og de grunnleggende kravene til forutberegnlighet og gjennomsiktighet. Både EF-domstolen<sup>180</sup> og Høyesterett<sup>181</sup> har i denne forbindelse særlig fremhevet at tildelingskriteriene må gjøres kjent gjennom anbudsdokumentene. Det følger motsetningsvis av kravet om kunngjøring at oppdragsgiver ikke har mulighet til å legge vekt på tildelingskriterier som ikke er bekjentgjort på forhånd.<sup>182</sup>

#### 3.4.1.5 Objektivitet

Det er et prosessuelt krav i anskaffelsesregelverket at tildelingskriteriene skal utformes objektivt. Dette kravet er utviklet gjennom EF-domstolens praksis. Høyesterett har, med henvisning til rettspraksis fra EF-domstolen<sup>183</sup>, uttalt at oppdragsgivers frihet begrenses ved at de valgte tildelingskriteriene ikke kan gi ”myndighetene en ubegrenset valgadgang”<sup>184</sup> med hensyn til tildeling av kontrakten.

Dersom oppdragsgiver ønsker å fremme miljøhensyn gjennom tildelingskriteriene, må disse være utformet på en måte som gjør at myndighetene ikke får en ubegrenset valgadgang med hensyn til hvilken leverandør som blir tildelt kontrakten. De bør være konkrete, ytelsesrelaterte og typisk knytte seg til ytelsens kvalitet. Derfor vil et tildelingskriterium som ”miljømessig forsvarlighet” mest sannsynlig være i strid med

---

<sup>179</sup> Sml. rdir 2004/18/EU art 53 og fortalen, premiss 46

<sup>180</sup> C-19/00 SIAC Construction Ltd v Mayo CC, premiss 42

<sup>181</sup> HR-2007-02114-A, avsnitt 36

<sup>182</sup> Trygstad (2006) s. 41

<sup>183</sup> C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki, premiss 61

<sup>184</sup> HR-2007-02114-A, avsnitt 36



anskaffelsesregelverket.<sup>185</sup> Mens kriterier som knytter seg til enkelte miljøbelastninger, sånn som eksempelvis ” service-, drifts- og vedlikeholdskostnader, energiforbruk, besparelser (for eksempel mindre elektrisitetsutgifter på grunn av isolering, solcellepanel mv.), utrangeringskostnader, gjenbruksmuligheter, drivstofforbruk, støynivå, et produkts levetid osv”<sup>186</sup> eller andel resirkulerte råvarer i produktet<sup>187</sup> antagelig kan brukes som tildelingskriterier, forutsatt at det er relevant og proporsjonalt i forhold til kontraktsgjenstanden.

I Concordia-saken blir kriteriet “køretøjnernes nitrogenoxidemissioner eller støjniveau” ansett å være tilstrekkelig presist og gav mulighet for å objektivt vurdere tilbudene mot hverandre. I denne saken brukte anskaffelsesmyndighetene en kvantitativ standard, målbare utslipp av forurensende gasser, for bedømmelsen av ytelsens miljøegenskaper (et kvalitativt kriterium)<sup>188</sup> Hvor en slik kvantifisering er mulig, er det en fin måte å tilfredsstille kravet om objektiv utforming av tildelingskriteriene.

#### 3.4.1.6 Ikke stride mot de grunnleggende prinsipper

Det siste kravet er at tildelingskriteriene ikke må stride mot de grunnleggende kravene i anskaffelsesprosessen. Høyesterett har presisert, med referanse til liknende uttalelser fra EF-domstolen<sup>189</sup>, at tildelingskriteriene ikke må ”krenke noen av de grunnleggende prinsippene som EU-retten er bygget på”<sup>190</sup>. De grunnleggende EF-rettslige prinsippene det siktes til her kan regnes som inkorporert i norske regelverket ved LOA § 5 og FOA § 3-1, se pkt 2.3.4.

---

<sup>185</sup> Dragsten (2005) s.242

<sup>186</sup> Dragsten (2005) s. 244

<sup>187</sup> NHDs veileder (2004) s. 27

<sup>188</sup> Trygstad (2006) s. 47

<sup>189</sup> C-31/87 Beentjes v the Netherlands, premiss 29, C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki, premiss 69, C-448/01 EVN and Wienstrom v Austria, premiss 33

<sup>190</sup> HR-2007-02114-A, avsnitt 36

At EF-domstolen i flere saker presiserer at de grunnleggende prinsippene skal respekteres, fremstår som noe overflødig da det er en selvfølge. Men det er uansett en god rettesnor for de nasjonale myndighetene når de skal ta sin beslutning.

I Concordia-saken ble spørsmålet om diskriminering reist da det kun var Helsinki bys (oppdragsgivers) eget selskap som hadde en bussflåte som tilfredsstilte de utslippsnivåene som var angitt i tildelingskriteriene. Oppdragsgiver plikter på bakgrunn av kravet om likebehandling og konkurranse<sup>191</sup> å påse at tildelingskriteriene utformes slik at konkurransen ikke begrenses unødig, men i Concordia-saken uttalte domstolen at ”prinsippet om likebehandling ikke er til hinder for, at der tages hensyn til kriterier, som de i hovedsagen omhandlede, der er forbundet med beskyttelse af miljøet, idet den ordregivende myndigheds egen transportvirksomhed er en af de få virksomheder, der har mulighed for at tilbyde materiel, der opfylder de nævnte kriterier.”<sup>192</sup>

I EVN-saken derimot, ble tildelingskriteriet som innebar at leverandørene fikk ekstrapoeng etter hvor mye grønn strøm de produserte utover oppdragsgivers behov, ansett å stride mot prinsippet om likebehandling, se pkt. 3.4.1.3, da det favoriserte de største leverandørene. Om dette tildelingskriteriet uttalte domstolen ”[k]riteriet kan derfor medføre en uberettiget forskelsbehandling af de bydende, hvis bud fuld ud kan opfylde de betingelser, der er knyttet til kontraktens genstand ”<sup>193</sup> Videre fremholder EF-domstolen at dette tildelingskriteriet også er i strid med prinsippet om gjennomsiktighet, da det ikke fra oppdragsgivers side sies noe om for hvilken periode leverandørene skulle angi mengden av ”grønn” strøm de kunne levere<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> LOA § 5

<sup>192</sup> C-513/99 Concordia v Helsingin kaupunki, premiss 86

<sup>193</sup> C-448/01 EVN and Wienstrom v Austria, premiss 69

<sup>194</sup> C-448/01 EVN and Wienstrom v Austria, premiss 58

### 3.4.2 Dokumentasjon

For at oppdragsgiver skal kunne legge vekt på et tildelingskriterium, må kriteriene kunne dokumenteres og være av en slik art at oppdragsgiver kan kontrollere at de er oppfylt.<sup>195</sup>

I EVN-saken hadde ikke oppdragsgiver stilt krav om dokumentasjon på mengden av grønn strøm kunne leveres. Generaladvokaten fremhever i sin innstilling at selv om det ikke er enkelt, er det er fullt mulig å dokumentere energikilden. Oppdragsgiver kunne krevd sertifikater eller annet bevis på mengden ”grønn strøm” de kunne levere som dokumentasjon på at kriteriet var tilfredsstilt.<sup>196</sup> Om mangelen på dokumentasjon uttaler EF-domstolen, i tråd med generaladvokatens innstilling, at når oppdragsgiver verken har intensjoner om eller muligheter til å kontrollere riktigheten av opplysningene inngitt av leverandørene, strider kriteriet mot prinsippet om likebehandling fordi det ikke sikrer gjennomskiktighet og objektivitet i prosessen.<sup>197</sup>

Kravet om dokumentasjon knyttet til tildelingskriteriet ”miljø” var nylig oppe i en KOFA-uttalelse. Saken dreide seg om en konkurranse om å levere fleecejakker til forsvaret og viser hvor viktig oppdragsgiver håndtering av dokumentasjon er. Tildelingskriteriet ”miljø” skulle utgjøre 10 % og klager hadde levert inn dokumentasjon på at miljøkrav var oppfylt, men oppdragsgiveren hadde ikke lagt vekt på dette i evalueringen. Oppdragsgiveren erkjente ovenfor klagenemda at dokumentasjonen ble oversett i evalueringen og klagenemda konkluderer med at oppdragsgiver ”har brutt kravene i lovens [LOA] §5, herunder kravet til forsvarlig saksbehandling, ved å ikke ta hensyn til innklagedes [sic] dokumentasjon på tildelingskriteriet «miljø»”<sup>198</sup> (klagenemda har trolig ment ”klagerens dokumentasjon”).

---

<sup>195</sup> NHDs veileder (2004) s. 27

<sup>196</sup> C-448/01 EVN and Wienstrom v Austria, Advocat General, premiss 48

<sup>197</sup> C-448/01 EVN and Wienstrom v Austria, premiss 51 og 52

<sup>198</sup> KOFA-2007-141, avsnitt 52

### 3.4.3 Vekting og prioritering

I utgangspunktet står oppdragsgiver relativt fritt i forhold til hvordan de ønsker å prioritere eller vekte tildelingskriteriene. Men også her er det et krav om at oppdragsgiver synliggjør hva det vil bli lagt vekt på i konkurransegrunnlaget. ”Oppdragsgiver skal angi den relative vektingen som gis hvert av kriteriene. Vektingen kan angis innenfor et område med et passende maksimalt utslag.” jf FOA § 22-2, andre ledd. Denne regelen bidrar til å øke forutberegnligheten i prosessen.

Tildelingskriteriene må uansett være egnet, se pkt. 3.4.1.1, til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Så selv om miljøkriteriet i seg selv er lovlig, kan det være begrensninger i hvor stor vekt en kan legge på det.<sup>199</sup> Det er for eksempel usikkert om ”miljøhensyn” kan tillegges større vekt enn ”pris” ved tildelingen av kontrakt hvor formålet er å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Videre vil det avhenge av kontraktsgjenstanden hvor stor vekt som kan legges på miljøhensyn.

Har oppdragsgiver utlyst en kontrakt om bygging av et ”grønt bygg” og stilt krav til både ytelsen og leverandøren for å ivareta hensynet til miljøet, bidrar det til å synliggjøre deres prioriteringer. Men oppdragsgiver er uansett bundet av de rettslige rammene regelverket oppstiller med hensyn til hvor stor vekt de kan legge på miljøhensyn ved tildelingen av kontrakt, selv om miljø er gjort til et satsningsområde i oppdragsgivers virksomhet.

I EVN-saken hadde oppdragsgiver valgt at miljøhensyn skulle telle 45 prosent og pris 55 prosent ved kjøp av strøm. Domstolen konkluderte med at en slik vekting av kriteriene ikke var i strid med direktivet.<sup>200</sup> Av domstolens konklusjon i denne saken kan vi slutte at det i utgangspunktet ikke er noe i veien for å legge stor vekt på miljøhensyn, dersom kriteriet for

---

<sup>199</sup> Dragsten (2005) s. 245

<sup>200</sup> C-448/01 EVN and Wienstrom v Austria, premiss 72

øvrig er i overensstemmelse med de grunnleggende prinsippene i regelverket og det anvendes objektivt på de ulike tilbudene<sup>201</sup>.

### 3.5 Kontraktsfasen

Oppdragsgiver har adgang til å sette særlige vilkår for gjennomføring av kontrakten, jf FOA § 3-11, andre ledd<sup>202</sup>. Av bestemmelsen følger det at slike særlige vilkår, ”kan omhandle sosiale hensyn og miljøhensyn”. En forutsetning er at vilkårene er forenlig med EØS-avtalen og at de er angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf § 17-1, andre ledd, bokstav g.

I Bentjees-saken<sup>203</sup> åpnet EF-domstolen for bruk av absolutte vilkår knyttet til gjennomføringen av kontrakten som en del av beskrivelsen av oppdraget for å fremme politiske hensyn. Den regelen er nå kodifisert i FOA § 3-11<sup>204</sup>. I avgjørelsen presiserte domstolen at de særskilte vilkårene må være forenlige med felleskapsretten, særlig prinsippet om ikke-diskriminering og proporsjonalitet.

Både anskaffelsesdirektivet og FOA nevner uttrykkelig ”miljøhensyn” som mulig spesialiserte kontraktsvilkår. Men i disse reglene begrenses friheten noe med hensyn til hva en kan innta i slike vilkår, i forhold til hva som fulgte av praksis<sup>205</sup>, ved at de spesielle kontraktsvilkårene må knytte seg til gjennomføringen av kontakten. Likevel fremheves det i litteraturen at slike særlige kontraktsvilkår er et egnet for integrering av politiske hensyn.<sup>206</sup>

---

<sup>201</sup> C-19/00 SIAC Construction Ltd v Mayo CC, premiss 44, C-448/01 EVN and Wienstrom v Austria, premiss 48

<sup>202</sup> Rdir. 2004/18/EU, art. 26

<sup>203</sup> C-31/87 Beentjes v the Netherlands

<sup>204</sup> Sml. Rdir 2004/18/EU art 26

<sup>205</sup> *European Public Procurement, Legislative History of the "Classic" Directive 2004/18/EC* (2007) s. 710

<sup>206</sup> Arrowsmith (2004) s. 1249

I kontrakter om planlegging og prosjektering av bygg, kan oppdragsgiver for eksempel stille krav knyttet til det ferdige byggets energibruk som vilkår for gjennomføring av kontrakten, for å sikre at hensynet til miljøet ivaretas. Oppdragsgiver kan av hensyn til miljøet i slike kontrakter også sette som vilkår en viss kvalitet på materialet som skal brukes i bygget, for eksempel tre fra bærekraftig skogbruk og lett vedlikeholdbare materialer.<sup>207</sup>

Kommisjonen gir i sin fortolkningsuttalelse noen eksempler på mulige kontraktsvilkår for å ivareta miljøhensyn. For det første kan det ved kjøp av tjenester være aktuelt å stille krav til utføringen av oppdraget, typisk transporten eller eventuelt hva slags beholdere gods skal fraktes i. Videre kan det stilles krav om hva som skal gjøres med brukte produkter eller emballasje, typisk resirkulering eller andre returordninger. I noen slike kontrakter kan det også stilles krav til opplæring av de som skal utføre kontrakten.<sup>208</sup> Flere av disse eksemplene kan også være egnet som kvalifikasjonskrav, se pkt 3.3.

For kontrakter om kjøp av varer, er oppfyllelsen kun betinget av levering av kontraktsgjenstanden, slik at den største adgangen til å stille kontraktskrav i slike kontrakter er å spesifisere hvordan varene skal leveres. Miljøhensyn kan da ivaretas ved å etterspørre større leveranser, for å redusere antallet leveranser og miljøbelastning ved transport. Det kan avtales at leverandøren skal gjenbruke eller resirkulere emballasje og at leveranser foretas utenfor rushtrafikk.<sup>209</sup>

Å stille kvalitetskrav til produktet eller ytelsen som skal anskaffes, kan være en måte å ivareta miljøhensyn ved gjennomføringen av kontrakten. Det vil ofte, både ved tjeneste- og varekontrakter, være en sammenheng mellom kvalitet og miljø. For varer har dette sammenheng med at god kvalitet ofte gir lang brukstid, mens for tjenestekontrakter kan det være relevant å stille vilkår om opplæring av personell som skal utføre tjenesten. For

---

<sup>207</sup> <http://procurement.greeninpractice.org/joomla/>

<sup>208</sup> *Grønne indkøb!* (2005) s. 40

<sup>209</sup> *Grønne indkøb!* (2005) s. 40

eksempel ved å stille krav om at renholdspersonell har tilstrekkelig kursing om dosering av vaskemiddel og andre kjemikalier<sup>210</sup>, sikres kvaliteten på tjenesten og det har en positiv miljøeffekt.

Uansett er det viktig at oppdragsgiver tilpasser tyngden av miljøkrav etter størrelsen på kontrakten og kontraktsgjenstanden, i motsatt fall vil kravene kunne komme i strid med proporsjonalitetsprinsippet. Videre er det av sentral betydning, på grunn av diskrimineringsforbudet, at de vilkårene for gjennomføringen av kontrakten som blir brukt, verken direkte eller indirekte diskriminerer utenlandske leverandører.

På lik linje som for krav til ytelsen og leverandøren og tildelingskriteriene, er det en forutsetning at oppdragsgiver stiller krav om dokumentasjon på at leverandørene kan oppfylle de særlige vilkårene for gjennomføring av kontrakt for at de grunnleggende kravene i anskaffelsesprosessen skal overholdes. Oppdragsgiver kan avvise leverandører som ikke aksepterer eller kan oppfylle kontraktsvilkårene som skal ivareta miljøhensyn<sup>211</sup>, men slike vilkår må ikke benyttes istedenfor kvalifikasjonskrav eller tekniske spesifikasjoner. Alle leverandører skal i prinsippet ha mulighet til å oppfylle vilkårene.

---

<sup>210</sup> <http://procurement.greeninpractice.org/joomla/>

<sup>211</sup> Arrowsmith (2004) s. 1248

## 4 Om kortreisthet og ikke-diskriminering

Oppdragsgivers adgang til å legge vekt på kortreisthet er ikke direkte regulert i regelverket om offentlige anskaffelser og det foreligger heller ingen endelige avgjørelser fra verken norske eller fellestskapsdomstoler hvor dette spørsmålet har vært direkte prøvet. Drøftelsen vil derfor knytte seg til de rettslige hovedprinsippene, slik de fremgår av EØS-avtalen og relevant rettspraksis.

Meningen med forbudet mot diskriminering i EØS art 11, ”kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom medlemsstatene”, er å ramme alle nasjonale tiltak som hindrer handelen mellom medlemslandene<sup>212</sup> og sikre de fire frihetene. EØS art 11 betegnes som et restriksjonsforbud, fordi det rammer hindringer på den frie bevegelse uavhengig av om det foreligger forskjellsbehandling,<sup>213</sup> med andre ord rammes både direkte og indirekte diskriminering. Likevel er det flere lovfestede og ulovfestede unntak fra denne hovedregelen. De lovfestede unntakene for varer følger av EØS art 13 (sml. EFT art 30), mens de ulovfestede er utviklet gjennom praksis fra EF-domstolen i læren om de såkalte ”tvingende allmenne hensyn”.<sup>214</sup>

### 4.1 Kortreisthet som miljøhensyn

Ved anskaffelse av en ytelse som inneholder transportelementer, kan oppdragsgiver ved å stille krav til den delen av ytelsen som knytter seg til transport, oppnå store miljøgevinster. Enkle grep kan gjøres for å redusere utslippene, se for eksempel pkt 3.5 ovenfor om EU-kommisjonens anbefalte tiltak for å redusere miljøbelastningen ved transport.

---

<sup>212</sup> 8/74 Procureur du Roi v Dassonville ”Dassonvilleformelen”

<sup>213</sup> EØS-rett (2004) s. 272

<sup>214</sup> C-120/78 Rewe Centrale v Bundesmonopol für Branntwein (”Cassis de Dijon”), 788/79 Criminal proceedings against Herbert Gilli and Paul Andres, C-34/95 Konsumentombudsmannen v De Agostini (Svenska) Förlag, C-254/98 Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v TK-Heimdienst Sass,



Å legge vekt på kort reisevei er en måte å ivareta hensynet til miljøet på fordi det bidrar til å redusere utslipp av klimagasser som følge av lang transport. Men å tillegge geografisk nærhet vekt ved valg av leverandør, kan være en ulempe for utenlandske leverandører. Kriteriet vil derfor kunne være en restriksjon på samhandelen da det er egnet til å forfordelke nasjonale leverandører og kan rammes av forbudet mot importrestreksjoner, jf EØS art 11.

Det er verdt å merke seg at et kriterium som legger vekt på kortreisthet vil være mer naturlig i noen typer kontrakter enn andre, avhengig av kontraktsgjenstanden. Enkelte ytelser er mer stedsbundne enn andre. Ved kjøp av for eksempel hotelltjenester vil kortreisthet ofte ikke være et tema og varer er uansett ofte produsert langt unna der de benyttes. De sakene som har vært oppe for EF-domstolen og KOFA hvor problemstillinger knyttet til kortreisthet har vært berørt, har gjerne vært knyttet til renovasjonstjenester og liknende hvor det tilsynelatende er et ønske om at avfall som er generert lokalt også håndteres lokalt. Det kan tyde på at det er i slike kontrakter at det vil være mest relevant å legge vekt på kortreisthet.

Kortreisthet vil i den videre fremstillingen bli brukt som eksempel på tiltak som utgjør en restriksjon på samhandelen og som derfor er uforenlig med forpliktelsene etter EØS art 11, med mindre det er objektivt begrunnet<sup>215</sup>. I det følgende vil det drøftes hvorvidt kortreisthet kan begrunnes i henhold til EØS art 13 eller de ulovfestede unntaksreglene som er utviklet gjennom EF-domstolens praksis og således et lovlig miljøhensyn. Drøftelsen vil knytte seg til tildelingsfasen, da det er større sjanse for at det er vanskeligere å ta inn et krav om kortreisthet i de tekniske spesifikasjonene eller i kvalifikasjonskravene til leverandøren, siden det er absolutte krav, se oppgavens del 3. Det forutsettes videre at kortreisthet oppfyller de øvrige kravene som stilles til utformingen av tildelingskriterier, se pkt 3.4.1 og 3.4.2.

---

<sup>215</sup> C-265/06 Commission v Portugal, premiss 36

## 4.2 Direkte og indirekte diskriminering

Direkte forskjellsbehandling foreligger når nasjonale og utenlandske leverandører behandles ulikt ut fra nasjonalitetsbestemte kriterier. Et eksempel på slik diskriminering er den såkalte Storebælt-saken<sup>216</sup>. I denne saken fant EF-domstolen at danske myndigheter hadde gjort seg skyldig i brudd på regelverket om offentlige anskaffelser og prinsippet om ikke-diskriminering. I utlysningen av en anbudskonkurranse om bygging av Storebæltbruen ble det stilt krav om at danske materialer skulle benyttes i størst mulig grad.

Indirekte diskriminering foreligger hvor nasjonale og utenlandske leverandører behandles etter de samme kriteriene<sup>217</sup>, såkalte ”opprinnelsesnøytral kriterier”<sup>218</sup> men hvor kriteriet faktisk tilgodeser innenlandske leverandører<sup>219</sup>.

Fordi kortreisthet ikke favoriserer innenlandske leverandører etter nasjonalitetsbestemte kriterier, slik det var tilfelle i Storebælt-saken, kan det trolig karakteriseres som et opprinnelsesnøytralt tiltak. Som eksempel på kortreithets indirekte diskriminerende effekt kan en tenke seg at Trondheim by lyser ut en kontrakt om ”grønne” renovasjonstjenester hvor de fremhever at det vil bli lagt vekt på tilbudenes totale miljøbelastning, inkludert utslipp som følge av transport. Et slikt kriterium utelukker ikke utenlandske leverandører, flere leverandører fra Sverige vil ha kortere reisevei enn mange fra for eksempel Sør-Norge, men likevel vil det kunne favorisere innenlandske leverandører fordi de oftere vil være nærmest.

---

<sup>216</sup> C-243/89 Commission v Denmark (*”Storebaelt”*)

<sup>217</sup> E-1/06 ESA v Norge (*”Lotterisaken”*) premiss 27

<sup>218</sup> C-120/78 Rewe Centrale v Bundesmonopol für Branntwein (*”Cassis de Dijon”*)

<sup>219</sup> EØS-rett (2004) s. 275

### 4.3 Allmenne hensyn

Ved siden av de unntakene fra forbudet mot importrestriksjoner som følger av EØS art 13, har EF-domstolen utviklet læren om de såkalte ”tvingende allmenne hensyn”. Etter denne læren kan også andre hensyn enn de som er nevnt i traktaten begrunne restriksjoner på samhandelen,<sup>220</sup> forutsatt at det er tale om opprinnelsesnøytrale restriksjoner (indirekte diskriminering)<sup>221</sup>. Foreligger det direkte diskriminering kan slike kriterier kun begrunnes i de hensyn som er nevnt i traktaten. Unntak fra forbudet mot importrestriksjoner er betinget av at det verken foreligger vilkårlig forskjellsbehandling eller skjult handelshindring, jf EØS art 13. De eneste allmenne hensyn EF-domstolen på generell basis har nektet å godta er ”økonomiske hensyn” og ”forvaltningsmessige hensyn”.<sup>222</sup>

EF-domstolen har i flere saker godtatt de nasjonale myndigheters anskaffelsesprosess, selv hvor de kunne ha en restriktiv effekt på samhandelen, dersom de er begrunnet i miljøhensyn. I PreussenElektra-saken<sup>223</sup> kjøpte tyske myndigheter energi fra fornybare energiresurser av leverandører i lokalområdet til overpris for å gi produsenter som satset på fornybar energi en bedre konkurranseposisjon, for derved å redusere utslippet av drivhusgasser. Domstolen konkluderte, med referanse til EFT art 174 nr 2 (tidligere art 130R og sml. EØS art 73), at selv om denne ordningen potensielt kan virke restriktivt på samhandelen, EFT art 28 (sml. EØS art 11), forelå det ikke brudd på regelverket da ordningen var begrunnet både i det ulovfestede allmenne hensynet til miljøet og folkehelsen, EFT art 30 (sml EØS art 13).<sup>224</sup>

Videre har KOFA ved flere anledninger behandlet spørsmål om hva slags hensyn som kan tillate forskjellsbehandling på grunnlag av lokal tilhørighet.<sup>225</sup> I en sak hvor et regionalt

---

<sup>220</sup> Se for eksempel Case 120/78 Rewe Centrale v Bundesmonopol für Branntwein (”*Cassis de Dijon*”)

<sup>221</sup> 788/79 Criminal proceedings against Herbert Gilli and Paul Andres

<sup>222</sup> Bull (2002) s. 553

<sup>223</sup> C-379/98 PreussenElektra AG v Schleswig AG

<sup>224</sup> Arrowsmith (2004) s. 201

<sup>225</sup> Trygstad (2006) s. 79

helseforetak hadde lyst ut en kontrakt om kjøp av dagkirurgiske tjenester uttalte nemda at "[h]ensynet til pasientene, herunder ønske om kort reisevei til behandling, *kan* være eksempler på forhold som på en saklig måte begrunner forskjellsbehandling av leverandørene"<sup>226</sup>.

#### 4.3.1 Lovfestede og ulovfestede hensyn

Restriksjoner på samhandelen kan "begrunnes ut fra hensynet til offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi eller den industrielle eller kommersielle eiendomsrett", jf EØS art 13, dersom de er egnet til å ivareta disse hensynene<sup>227</sup> og ellers proporsjonale med inngrepet. Direkte diskriminerende tiltak kan kun godtas dersom de er begrunnet i et av disse lovfestede hensynene<sup>228</sup>.

De ulovfestede unntakene fra diskrimineringsforbudet følger av læren om "tvingende allmenne hensyn" som er utviklet gjennom EF-domstolens praksis<sup>229</sup> og kan kun gi unntak fra diskrimineringsforbudet for tiltak med indirekte diskriminerende effekt<sup>230</sup>.<sup>231</sup>

Som det fremgår av PreussenElektra-saken, se pkt 4.3 ovenfor, er det ulovfestede hensynet til miljøet nært knyttet til, men ikke sammenfallende med, det lovfestede hensynet til "folkehelsen". EF-domstolen synes i denne saken å begrunne sitt resultat i begge disse hensynene parallelt.

---

<sup>226</sup> KOFA-2003-199

<sup>227</sup> EØS-rett (2004) s. 312

<sup>228</sup> Bull (2002) s. 564

<sup>229</sup> C-120/78 Rewe Centrale v Bundesmonopol für Branntwein ("*Cassis de Dijon*")

<sup>230</sup> C-34/95 Konsumentombudsmannen v De Agostini (Svenska) Förlag, C-254/98 Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v TK-Heimdienst Sass

<sup>231</sup> EØS-rett (2004) s.314, Bull (2002) s. 564

”Miljøhensyn” er ikke eksplisitt nevnt i blant de tvingene allmenne hensynene i art 13, men det er sikker rett at miljøhensyn kan gi unntak fra art. 11. EF-domstolen har uttalt at ”miljøbeskyttelse er et tvingende hensyn, der kan begraense anvendelsen af Traktatens artikel 30 [i dag EFT art 28 sml. EØS art 11]”<sup>232</sup>. Ettersom kortreisthet kun har en indirekte diskriminerende effekt, se pkt. 4.2, kan bruk av kriteriet trolig begrunnes i miljøhensyn.

EF-domstolen fant i en sak om lovligheten av en belgisk regel som forbød import av avfall til et område i Belgia fra andre medlemsland, at en slik ordning ikke var diskriminerende eller i strid med EFT art 30 (sml. EØS art 11) på grunn av hensynet til miljøet. De spesielle hensyn som gjorde seg gjeldende i forhold til avfallshåndtering og prinsippet om miljøvern nedfelt i EFT art 174 (sml. EØS art 73), resulterte i at ordningen, på tross av dens restriktive effekt, ikke ble funnet å stride mot prinsippet om ikke-diskriminering.<sup>233</sup>

#### 4.4 Saklig begrunnelse

Det er et vilkår for at et tiltak skal kunne unntas fra diskrimineringsforbudet at det er saklig og objektivt begrunnet. Det innebærer at unntakene verken kan brukes til vilkårlig forskjellsbehandling eller skjult handelshindring<sup>234</sup> og gjelder både for de lovfestede og de ulovfestede unntakene. Saklighetskravet har gjentatte ganger blitt poengtert av KOFA.<sup>235</sup>

##### 4.4.1 Vilkaurlig forskjellsbehandling

Utgangspunktet er at like tilfeller skal behandles likt med mindre det foreligger gode grunner for å forskjellsbehandle. Det behøver således ikke være noe galt i å behandle tilfeller forskjellig, men det må begrunnes objektivt for ikke å være vilkårlig, EØS art 11. Når det gjelder kortreisthet, så er transportavstand målbart, og det vil neppe være særlig

---

<sup>232</sup> Case 302/86 Commission v Denmark, premiss 9

<sup>233</sup> C-2/90 Commission v Belgium, premiss 34

<sup>234</sup> EØS-rett (2004) s. 318

<sup>235</sup> For eksempel KOFA-2003-199

vanskelig å få brakt de faktiske forhold på det rene i en anbudskonkurranse. Derfor er det trolig liten fare for at kortreisthet kan bli brukt til vilkårlig forskjellsbehandling, forutsatt at det fremgår av konkurransegrunnlaget at det vil bli lagt vekt på ved tildelingen av kontrakt.

#### 4.4.2 Skjult handelshindring

Allmenne hensyn som begrunner unntak fra diskrimineringsforbudet må ikke representere en skjult hindring på samhandelen, EØS art 11. Tiltaket må med andre ord være objektivt begrunnet.<sup>236</sup> På tross av at oppdragsgiver gjennom å legge vekt på kortreisthet i en kontrakt kan oppnå en miljøgevinst, er det mulig at nasjonale myndigheter vil være fristet til å stille krav om kortreisthet i ut fra proteksjonistiske motiver, hvor miljøbesparelsen ikke er nevneverdig stor. Hvis kriteriet blir brukt på denne måten, vil kortreisthet kunne være en skjult handelshindring.

Proteksjonisme, ønsket om å beskytte eget næringsliv fra konkurranse fra andre medlemsland, strider mot integrasjonsmålsetningen og har av EF-domstolen blitt fremhevet som et ”økonomisk hensyn”<sup>237</sup>, og slike hensyn kan aldri gi unntak fra diskrimineringsforbudet.

#### 4.5 Begrunnelsen – om proporsjonalitetsprinsippet

Forutsatt at kortreisthet har en indirekte diskriminerende effekt, er det et vilkår for anvendelse av unntakene fra hovedregelen om ikke-diskriminering at tiltaket er begrunnet i det hensynet som påberopes. Dette har også vært formulert som et krav om at tiltaket må være nødvendig for å ivareta det påberopte hensynet.<sup>238</sup> Hovedregelen er at den angjeldende restriksjonen må være faktisk motivert av det hensynet som oppgis<sup>239</sup>, men det

---

<sup>236</sup> EØS-rett (2004) s. 319

<sup>237</sup> Bull (2002) s. 578

<sup>238</sup> EØS-rett (2004) s. 319

<sup>239</sup> Graver (1995) s. 224

har vært hevdet at EF-domstolen også har akseptert tiltak som i utgangspunktet har vært begrunnet i et ulovlig hensyn, men hvor tiltaket likevel etter en objektiv vurdering er nødvendig for å ivareta et lovlig hensyn.<sup>240</sup>

I teorien benyttes noe ulik systematikk og terminologi i fremstillingen av det nærmere innholdet i proporsjonalitetsprinsippet<sup>241</sup>, men det synes å være enighet om de grunnleggende utgangspunktene og det er disse som vil bli lagt til grunn i det følgende.

For å fastlegge hvorvidt kriteriet kortreisthet må anses å være nødvendig for å ivareta miljøhensyn/oppfyller kravet om begrunnelse, må en først vurdere hvorvidt tiltaket er egnet til å ivareta det påberopte hensynet, se pkt. 4.5.1. Dersom en finner at kriteriet er egnet, må en vurdere om det er proporsjonalt/forholdsmessig sett i forhold til inngrepet ovenfor samhandelen, se pkt.4.5.2.

Spørsmålet blir således først om kortreisthet er egnet til å ivareta hensynet til miljøet og deretter om det er et rimelig forhold mellom ønsket om å redusere de negative miljømessige konsekvensene av anskaffelse og å bruke kortreisthet som tildelingskriterium med de restriksjonene på samhandelen som det innebærer.<sup>242</sup>

#### 4.5.1 Egnethet

For at det skal være lovlig for offentlige oppdragsgivere å bruke kortreisthet som tildelingskriterium, må kriteriet være egnet til å verne om miljøet.

Kommisjonen argumenterte i en sak for EF-domstolen om søppelhåndtering<sup>243</sup> for at vektleggingen av geografisk nærhet ved tildelingen av kontrakt, var diskriminerende.

---

<sup>240</sup> Bull (2002) s. 588

<sup>241</sup> *EØS-rett* (2004) s.319, Bull (2002) s.579 flg., Syrtstad (2003) s.355

<sup>242</sup> *EØS-rett* (2004) s. 319

<sup>243</sup> Joined cases C-20/01, C-28/01 Commission v Germany, Advocate General, premiss 71

Geografisk nærhet var det eneste kriteriet som ble brukt for å ivareta miljøhensyn, og oppdragsgiver hadde tilsynelatende ikke lagt vekt på miljøkriterier ellers i anskaffelsen. Generaladvokaten konkluderer i sin innstilling med at ”Forbundsrepublikken Tyskland har ikke under saken begrundet, eller i det mindste ikke tilstrækkelig klart, dens påstand om, at enhver anden løsning, uafhængigt af transportafstandene, er utilsvarende ud fra et miljømæssigt synspunkt.”<sup>244</sup>.

I denne saken, hvor oppdragsgiver hadde langt vekt på geografisk nærhet i anskaffelsesprosessen, tok ikke EF-domstolen stilling til lovligheten av en slik vurdering, men sa bare at de tyske myndighetene ikke hadde godtgjort at å transportere avfallet over en lengre avstand nødvendigvis ville være ” til fare for miljøet eller for den offentlige sundhed”<sup>245</sup>. Men domstolen utelukker ikke at transportavstand kan ha betydning for en anskaffelses miljøpåvirkning og således egnet til å ivareta hensynet til miljøet.

For at transportavstand skal være egnet til å si noe om en anskaffelses totale miljøbelastning, forutsetter det at ingen av leverandørene benytter transportmidler som slipper ut vesentlig mer eller mindre klimagasser enn de øvrige. Dette hensynet kan for eksempel ivaretas ved at det i de tekniske spesifikasjonene stilles krav til utslipp av CO<sub>2</sub> per kilometer og eventuelt kurs i eco-driving som kvalifikasjonskrav. Dersom utslipp per kilometer ellers er tilnærmet lik for alle leverandørene, vil et kriterium som legger vekt på kortreisthet være egnet til å ivareta hensynet til miljøet ved å redusere utslipp av klimagasser.

Derfor bør kortreisthet som tildelingskriterium antagelig ledsages av et krav til utslippsnivået til transportmiddelet som skal bli brukt, eventuelt kurs i eco-driving, for å tilfredsstille kravet om egnethet til å beskytte miljøet.

---

<sup>244</sup> Joined cases C-20/01 og C-28/01 Commission v Germany, Advocate General, premiss 77

<sup>245</sup> Joined cases C-20/01 og C-28/01 Commission v Germany, premiss 65



#### 4.5.2 Proporsjonalitet

At et tiltak er proporsjonalt innebærer at det er forholdsmessighet mellom målet og de midler som tas i bruk for å nå det. Det er to ulike vurderinger som må foretas under proporsjonalitetsvurderingen, men i praksis er det ofte vanskelig å skille vurderingene fra hverandre. EF-domstolen har formulert vurderingstema som at tiltak er proporsjonale ”i det omfang de er nødvendige for at opfylde tvingende krav ... i tilfælde, hvor bestemmelse står i rimeligt forhold til det mål, der forfølges[beskyttelsesnivå], og hvor dette mål ikke kunne være nået ved foranstaltninger, der i mindre omfang begrænser samhandelen[beskyttelsesmåte]”<sup>246</sup>.

I en ny avgjørelse fra EF-domstolen, av 8.april 2008, vurderer domstolen om tyske myndigheters krav om at leverandører av tjenester til det offentlige må forholde seg til minstelønnen i en lokal tariffavtale er proporsjonalt med ønsket om å unngå sosial dumping. Selv om ønsket om å beskytte utenlandske arbeidstakere ved å sikre dem rettferdig lønn kan være et lovlig allment hensyn som begrunner inngrep i den frie bevegelsen av tjenester (EFT art 49 sml. EØS art 36), kom EF-domstolen til at et slikt tiltak ikke var forenlig med fellesskapsretten fordi det gikk lenger enn det som var nødvendig for å ivareta hensynet til utenlandske arbeidere.<sup>247</sup>

##### 4.5.2.1 Beskyttelsesnivå

For å ta stilling til om bruk av kriteriet kortreisthet i en anskaffelsesprosess er proporsjonalt, må det vurderes om det begrenser samhandelen i urimelig stor grad i forhold til hvor stor grad av miljøbeskyttelse kriteriet gir. Dette kalles også proporsjonalitetsprinsippets prinsipielle side og EF-domstolen har vært noe tilbakeholden med å overprøve denne siden av proporsjonalitetsprinsippet.<sup>248</sup>

---

<sup>246</sup> C-448/98 Criminal proceedings against Jean-Pierre Guimont, premiss 27

<sup>247</sup> C-346/06 Dirk Rüffert v Land Niedersachsen, premises 39-42

<sup>248</sup> Bull (2002) s. 591-592

EF-domstolen i flere saker fremhevet at statene står relativt fritt med hensyn til hvilket nivå av beskyttelse de ønsker å opprettholde. Statene står derfor betraktelig friere i forhold til hvilket nivå av miljøbeskyttelse de ønsker, enn i forhold til valg av beskyttelsesmåte, se pkt. 4.5.2.2, så lenge det ikke er gitt fellesskapsregler på området og tiltaket ellers er proporsjonalt.<sup>249</sup>

Et eksempel på at EF-domstolen likevel har overprøvd det nasjonale beskyttelsesnivået for miljøet er i en sak mot Danmark<sup>250</sup>, som gjaldt det danske systemet for retur av tomflasker. Domstolen fant at den danske ordningen, som begrenset mengden av drikkevarer som kunne selges i landet i ikke-godkjent returemballasje i praksis rammet utenlandske selgere hardest. Dette var blant annet på grunn av den restriktive godkjenningsordningen av emballasje, og ordningen ble ikke ansett å være proporsjonal sett i forhold til miljøgevinsten.

Det norske nivået av miljøbeskyttelse som kortreisthet bidrar til å opprettholde, kan ikke sies å være vesentlig strengere enn det tyske og belgiske myndigheter la til grunn i de refererte sakene<sup>251</sup> ovenfor og vil derfor trolig kunne aksepteres.

#### 4.5.2.2 Beskyttelsesmåten

I vurderingen av hvorvidt tiltaket er proporsjonalt, må det også tas stilling til om det sammen nivået av miljøbeskyttelse, som tildelingskriteriet kortreisthet gir, kan oppnås med mindre inngripende midler. Dette kalles også proporsjonalitetsprinsippets funksjonelle side og her veies de nasjonale interessene mot fellesskapsinteressene.<sup>252</sup>

---

<sup>249</sup> C-302/86 Commission v Denmark, premiss 6

<sup>250</sup> C-302/86 Commission v Denmark

<sup>251</sup> C-379/98 PreussenElektra AG v Schleswag AG og C-2/90 Commission v Belgium

<sup>252</sup> Bull (2002) s. 592

EF-domstolen har gitt statene betraktelig mindre skjønnsfrihet når det gjelder beskyttelsesmåten enn ved ønsket beskyttelsesnivå.<sup>253</sup> Prøvingen av de offentlige myndigheters skjønn i saker om offentlige anskaffelser, med hensyn til hvorvidt tiltaket går utover det som er nødvendig for å ivareta det påberopte hensynet, går lenger enn det som etter tradisjonell norsk forvaltningsrett her blitt kalt ”myndighetsmisbrukslæren”, (domstolenes kontroll med at forvaltningen ikke tar utenforliggende hensyn, foretar ensidig eller vilkårlig skjønnsutøvelse, gjør seg skyldig i usaklig forskjellsbehandling eller fatter grovt urimelig vedtak)<sup>254</sup>.

EF-domstolen overprøvde nylig portugisiske myndigheters beskyttelsesmåte i en sak om et portugisisk forbud som rammet all omsetning av farget film til bruk på bilruter. Domstolen fant at forbudet stred mot fellesskapsretten, jf EFT art 28 og 30, EØS art 11 og 13. Tiltaket var begrunnet i ønsket om å kunne se rett inn i bilene som et verktøy for å bekjempe kriminalitet og derved ivareta hensynet til den offentlige sikkerhet. Domstolen fremholdt at tiltaket ikke var nødvendig for å ivareta det påberopte hensynet til sikkerhet, blant annet fordi det fantes andre, mindre inngripende måter, måter å bekjempe kriminalitet på enn ved denne typen visuell kontroll<sup>255</sup>.

Oppdragsgiver er derfor nødt til å vurdere om målet, minst mulig miljøbelastning gjennom transport, kan ivaretas på en måte som er mindre inngripende ovenfor samhandelen. Eksempler på andre virkemidler kan være å stille krav til utslippsnivået på de kjøretøyene som benyttes eller i varekontrakter øke størrelsen på og redusere antallet leveranser, slik EU-kommisjonen foreslår<sup>256</sup>. Videre kan oppdragsgiver stille som vilkår for gjennomføring av kontrakten at eventuelt gods skal fraktes med tog, og det vil etter kommisjonens oppfatning ikke være diskriminerende selv om enkelte leverandører har lettere tilgang til

---

<sup>253</sup> *EØS-rett* (2004) s. 321

<sup>254</sup> Syrstad (2003) s. 355

<sup>255</sup> C-265/06 *Commission v Portugal*, premiss 42

<sup>256</sup> *Grønne indkøb!* (2005) s.40

togtransport enn andre, så lenge det realiteten ikke bare er en leverandør som har muligheten til å benytte togtransport.<sup>257</sup>

Men sett i forhold til at EF-domstolen i PreussenElektra-saken aksepterte at tyske myndigheter kjøpte ”grønn” strøm til underpris av lokale leverandører for å fremme miljøhensyn på bekostning av fri konkurranse, fremstår ikke kortreisthet som tildelingskriterium som et uforholdsmessig inngrep i samhandelen sett i forhold til den mulige miljøgevinsten.

#### 4.6 Uttalelser om kortreisthet

Kommisjonen uttaler i sin fortolkningsmeddelelse at ”en kontraktsbetingelse, som udelukkende straffer leverandører på grundlag af den afstand, som de skal tilbakelægge for at levere varende” vil være diskriminerende<sup>258</sup>. Situasjonen vil trolig se annerledes ut hvor kortreisthet ikke brukes som et absolutt vilkår for gjennomføringen av kontrakten, men kun som et av flere momenter i en vurdering av hvem som skal tildeles kontrakt.

EF-domstolen har foreløpig ikke tatt direkte stilling til om kortreisthet kan være lovlig kriterium i offentlige anskaffelser. Men domstolen har uttalt i en sak hvor spørsmålet kom opp at ”den tyske regering ikke har godtgjort, at transporten af affaldet over en længere afstand nødvendigvis er til fare for miljøet eller for den offentlige sundhed”<sup>259</sup> På bakgrunn av denne uttalelsen fra EF-domstolen, kan det synes som at dersom tyske myndigheter hadde godtgjort at lang transportavstand representerte en trussel mot miljøet, kunne de tillagt kortreisthet vekt ved tildeling av kontrakten.

KOFA har ved et par anledninger hatt spørsmålet om lovligheten av å bruke ”kortreisthet” som miljøkriterium oppe vil vurdering. I en sak i 2003 om mulige feil i en

---

<sup>257</sup> *Grønne indkøb!* (2005) s.40

<sup>258</sup> *Grønne indkøb!* (2005) s. 40

<sup>259</sup> Joined cases C-20/01 og C-28/01 Commission v Germany, premiss 65

anbudskonkurranse ved kjøp av slamtømmingstjenester<sup>260</sup>, uttalte nemda at oppdragsgiver hadde brutt regelverket ved å legge vekt på lokaliseringen av leverandørens hovedkontor under tildelingskriteriet ”miljøhensyn”. Selv om kort reisevei kan innebære at den totale miljøbelastningen av tømmingsoppdraget ble mindre, fremhever klagenemda at en slik evaluering er i strid prinsippet om ikke-diskriminering og klarhetskravet, idet det ikke er en naturlig fortolkning av kriteriet ”miljøhensyn”.

KOFA avga i 2007 en uttalelse i en sak om transport og behandling av våtorganisk avfall hvor nemda kom inn på temaet kortreisthet som tildelingskriterium, men uten at det var direkte avgjørende i saken.<sup>261</sup> KOFA erklærte at de var enige med klager i at ”miljømessig ulempe ved lang transportavstand kan henføres under underkriteriet «påvirkning av ytre miljø gjennom transportopplegget»”<sup>262</sup> Men det forelå ingen plikt til å vurdere kortreisthet under dette underkriteriet da det ikke var opplyst i konkurransegrunnlaget at en slik vurdering skulle foretas.

Denne uttalelsen kan peke i retning av at KOFA har forlatt det synspunktet som fremgår av KOFA-2003-60, hvor nemda uttalte at vektlegging av kortreisthet vil være i strid med prinsippet om ikke-diskriminering. Uttalelsen fra 2007 indikerer at nemda er av den oppfatning at kortreisthet kan være et lovlig tildelingskriterium knyttet til miljøbelastning av transport i enkelte typer kontrakter. Nemda sier ingen ting om hvor stor vekt et slik kriterium eventuelt kan tillegges, men i denne saken var det kun snakk om at ”Miljøhensyn, herunder kvalitet og anvenlighet av sluttproduktet” samlet utgjør 15%, miljøbelastning ved transport er igjen kun en underkriterium.

Da det verken foreligger direkte regulering eller avgjørelser som tar konkret stilling til om kortreisthet kan brukes som tildelingskriterium, er det i dag usikkert hvorvidt oppdragsgiver kan vektlegge dette. Men på bakgrunn av drøftelsen om unntak fra

---

<sup>260</sup> KOFA-2003-60

<sup>261</sup> KOFA-2007-62

<sup>262</sup> KOFA-2007-62, avsnitt 52 jf 27

diskrimineringsforbudet basert på momenter utledet av rettspraksis fra EF-domstolen, KOFA's uttalelse fra 2007 og den gjennomslagskraften miljøhensyn har hatt på bekostning av diskrimineringsforbudet i flere saker for EF-domstolen<sup>263</sup>, er det mulig at et tildelingskriterium som legger vekt på kortreisthet i dag vil kunne aksepteres i enkelte kontrakter hvor det vil være naturlig å bruke et slikt kriterium, for eksempel ved anskaffelse av renovasjonstjenester.

---

<sup>263</sup> C-302/86 Commission v Denmark, C-2/90 Commission v Belgium, C-379/98 PreussenElektra AG v Schleswig AG

## 5 Avsluttende betraktninger

Det meste av rettspraksis og litteratur som omhandler miljøhensyn i regelverket om offentlige anskaffelser knytter seg til tildelingsfasen. Likevel gir regelverket, som vist i oppgavens del 3, offentlige oppdragsgivere gode muligheter for å integrere miljøhensyn også i de absolutte kravene til ytelsen og leverandøren og som særlige vilkår for gjennomføringen av kontrakten. For å kunne stille gode og konkrete miljøkrav, det vil si krav om i størst mulig grad bidrar til å redusere de negative miljøkonsekvensene av anskaffelsen og oppfordre markedet til å tilby mer miljøvennlige produkter og tjenester, er oppdragsgiver avhengig av markedskunnskap for å unngå å diskriminere leverandører.

På bakgrunn av den sentrale posisjonen miljøhensyn har i dag, både i samfunnet og i EU-/EØS-retten, samt nyere praksis både fra EF-domstolen og KOFA, er det mulig at offentlige oppdragsgivere kan legge vekt på kortreisthet ved tildeling av enkelte typer kontrakter med transportelementer, selv om det kan ha en restriktiv effekt på samhandelen, dersom det er begrunnet i miljøhensyn.

Utviklingen med hensyn til oppdragsgiveres adgang til å legge vekt på miljøhensyn i offentlige anskaffelser, på bekostning av rene økonomiske vurderinger, har skjedd raskt. Det er nødvendigvis ikke noe motsetningsforhold mellom miljøhensyn og økonomisk lønnsomhet, da det er slått fast at miljøhensyn kan brukes til å identifisere hva som er økonomisk mest fordelaktig. Sett i et overordnet perspektiv, vil det kunne sies å være økonomisk lønnsomt å beskytte miljøet for å ivareta de naturlige ressursene som finnes i dag. Det er stadig fokus på miljøhensyn knyttet til offentlige anskaffelser, både i Norge og i EU, og det er ikke grunn til å tro at utviklingen vil stanse der vi er i dag.

## Litteraturliste

### Bøker

Arrowsmith, Sue *The Law of Public and Utilities Procurement*. Second Edition London: Sweet & Maxwell, 2005

Bull, Henrik *Det indre marked for tjenester og kapital import av finansielle tjenester*. Oslo: Universitetsforlaget, 2002

Dragsten, Mariane H. og Lindalen, Esther *Offentlige anskaffelser kommentarutgave*. Bind 1, Oslo. Universitetsforlaget, 2005

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. 5.utgave v/ Jan E. Helgesen, Oslo. Universitetsforlaget, 2001

*European Public Procurement, Legislative History of the "Classic" Directive 2004/18/EC*  
Redigert av Jan M. Hebly, The Netherlands, Kluwer Law International, 2007

*EØS-rett*. Frederik Sejersted ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2004

Fleischer, Carl August *Miljø og resursforvaltning – grunnleggende forutsetninger*, 3.utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 1999

Trygstad, Kristian Dale *Tildeling av offentlige kontrakter rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*. 1.utgave, Oslo. Gyldendal Norske Forlag. 2006



## Artikler

Gjønnes, Arnhild Dordi *Ikke-diskriminerings- og likebehandlingsprinsippet – mulig å omgå kravene om likhet i EU-retten?* I: Juristkontakt, 2002, årg. 36, nr. 7, s. 22 og 23

Graver, Hans Petter *Grenseområdet mellom miljøbeskyttelse og proteksjonisme i EUs miljørett.* I: Kritisk juss 1995, s. 221-236 (sitert fra Lovdata)

Graver, Hans Petter *Miljøkrav etter den nye anskaffelsesloven.* I: Lov og Rett, 2001, s. 131-151 (sitert fra Lovdata)

Graver, Hans Petter *Miljøhensyn som tildelingskriterium ved offentlige tjenesteanskaffelser – særlig om krav knyttet til produksjonen og kravet til tilknytning til kontraktsgjenstanden,* brev til Stiftelsen Miljømerking, 2007

Krüger, Kai *Offentlig og privat samarbeid om kommunale prosjekter.* I: Lov og Rett, 2004, s. 360 – 377 (sitert fra Lovdata)

Syrstad, Helge *EØS-avtalen og norsk forvaltningsrett – en oversikt.* I: Jussens Venner, 2003, s. 345-359 (sitert fra Lovdata)

### **Veiledere/offentlige dokumenter/fortolkningsmeddelelser**

*Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser*, en veileder, Nærings- og handelsdepartementet (NHD), Oslo 2004

*Miljø og samfunnsansvar i offentlige anskaffelser*, handlingsplan 2007-2010, Miljøverndepartementet, Fornyings – og administrasjonsdepartementet, Barne- og likestillingsdepartementet, Oslo 2007

*Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar*, ein rettleiar, Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD), Oslo, 2006

KOM(2001) 274 endelig, Kommissionens fortolkningsmeddelelse om Fællesskabets bestemmelser om offentlige kontrakter og mulighedene for at integrere miljøhensyn i offentlige kontrakter, Bruxelles den 4.7.2001

*Buying green! A handbook on environmental public procurement* European Commission, Belgium, 2004

*Grønne indkøb! En håndbog om varetagelse af miljøhensyn i forbindelse med offentlige indkøb*, Europa-Kommissionen, Belgium, 2005

COM (2006) *Commission of the European Communities Interpretative Communication on Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement directives*, Brussels, 23.06.2006

European Commission GPP Training Toolkit av 18. april 2008, se [http://ec.europa.eu/environment/gpp/toolkit\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/toolkit_en.htm) [sitert 21. april 2008]

Introduction: *Buying Green! – Making a difference through GPP*

Modul 2: *Legal framework for Green Public Procurement (GPP)*

## Nettdokumenter

[www.odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentlig/p30005559/bn.html](http://www.odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentlig/p30005559/bn.html) [sitert 25.februar 2008]

[www.kofa.no](http://www.kofa.no) [sitert 25.februar 2008]

[http://www.fn.no/fakta\\_om\\_fn/fns\\_historie\\_1/1980\\_1989/1987](http://www.fn.no/fakta_om_fn/fns_historie_1/1980_1989/1987) [sitert 18.mars 2008]

om ”Vår felles framtid”

<http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/index.htm> [sitert 18.mars 2008]

om Rio-erklæringen og Agenda 21

[www.grip.no](http://www.grip.no) [sitert 16.april 2008]

høringsutkast for anbefalte kriterier ved kjøp av personbilder, høringsutkast for anbefalte kriterier ved kjøp av transporttjenester for enkeltpersoner

<http://procurement.greeninpractice.org/joomla/> [sitert 16.april 2008]

anbefalte kriterier for planlegging og prosjektering av bygg og anbefalte kriterier for kjøp av kontormøbler, anbefalte kriterier for kjøp av renholdstjenester, Nasjonalt panel for miljøbevisste anskaffelser

## **Lovsregister**

1814	Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814
1915	Lov om domstolene (domstolloven) av 13.august 1915 nr. 5
1967	Lov om behandlingsmåter i forvaltningssaker (fvl.) av 10.februar 1967
1992	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. av 27.november 1992 nr. 109
1999	Lov om offentlige anskaffelser (LOA) av 16.juli 1999 nr. 69
2002	Forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser av 15.november 2002 nr 1288
2006	Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) av 7.april 2006 nr. 402
2006	Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) av 19. mai 2006 nr 16, ikke i kraft

## **EU-lovgivning**

Rdir/2004/18/EU	Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.
-----------------	--

## **Forarbeider**

NOU	NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser
-----	-------------------------------------

Ot.prp            Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) Offentlige anskaffelser

**Traktater/avtaler**

Agenda 21      The Rio Declaration on Environment and Development, The United Nations, Rio de Janeiro, June 1992

EFT             Traktat om opprettelse av Det europeiske fellesskap (Romatraktaten) av 23. mars 1957, i kraft fra 1. januar 1958

EØS-avtalen    Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), undertegnet 2.mai 1992, i kraft fra 1.januar 1994

ODA-avtalen    Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA) undertegnet 2.mai 1992, i kraft fra 1.januar 1994

## **Domsregister**

Rt. 1993 s. 321

Rt. 1998 s. 1951 *Klubben-dommen*

Rt. 2000 s. 1811 *Finnanger*

Rt. 2001 s. 1062 *Nucelus*

Rt. 2002 s. 391 *God morgen*

HR-2007-02114A *Hammerfest kommune*

## **Klagenemda for offentlige anskaffelser**

KOFA-2003-38 Norsk Sykepleietjeneste AS mot Bærum Kommune

KOFA-2003-60 Onyx Industriservice AS mot Fredrikstad kommune

KOFA-2003-93 Løkse AS mot Målselv kommune

KOFA-2003-199 Dr. Richard von Volkmann mot Helse Vest RHF

KOFA-2005-111 Nexans Distribusjon AS mot Sykehuset i Vestfold HF

KOFA-2007-13 Arendals Farvehandel AS mot Kristiansand kommune

KOFA-2007-38 RenoNorge AS mot kommunene Skien, Porsgrunn, Siljan og Bamle

KOFA-2007-62 B2N Telemark AS mot kommunene Skien, Porsgrunn, Siljan og Bamle

KOFA-2007-25 Spenst Bødø AS mot Bodø kommune

KOFA-2007-141 Via Scandinavia AS mot Forsvarets Logistikkorgansisasjon

## **EFTA-domstolen**

Sak E-0/06 EFTA Surveillance Authority (“ESA”) v The Kingdom of Norway

(“*Lotterisaken*”) av 14.mars 2007

## **EF-domstolen**

Sak 8/74 Procureur du Roi v Dassonville ("*Dassonville*")

Saml. 1974 s. 837

Sak C-120/78 Rewe Centrale v Bundesmonopol für Branntwein ("*Cassis de Dijon*")

Saml. 1979 s. 649

Sak 788/79 Criminal proceedings against Herbert Gilli and Paul Andres.

Saml. 1980 s. 02071

Sak C-106/83 Sermid SpA v Cassa Conguaglio Zuccheri m.fl.,

Saml. 1984 s. 4209

Sak 302/86 Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark,

Saml. 1988, s. 4607

Sak C-31/87 Gebroeders Beentjes BV v Netherlands ("*Beentjes*")

Saml. 1988 s. 04635

Sak C-243/89 Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark

("Storebælt") Saml. 1993 s. I-03353

Sak C-2/90 Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium,

Saml. 1992 s. I-04431,

Sak C-267/91 og C-268/91 Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel

Mithouard ("*Keck*") Saml. 1993 s. I-6097

Sak C-324/93 R v Secretary of State for the Home Department Ex p Evans Medical Ltd,

Saml. 1995 s. I-563

Sak C-34/95 Konsumentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Förlag AB

Saml. 1997 s. I-03843

Sak C-254/98 Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v TK-Heimdienst Sass GmbH,

Saml. 2000 s. I-00151

Sak C-206/98 Commission of the European Communities v the Kingdom of Belgium,

Saml. 2000 s. I-3509

Sak C-448/98 Criminal proceedings against Jean-Pierre Guimont.

Saml. 2000 s. I-10663

Sak C-225/98 Commission of the European Communities v France  
Saml. 2002 s. I-7445

Sak C-379/98, PreussenElektra AG v Schleswig AG ("*PreussenElektra*")  
Saml. 2001 s. I-2099

Sak C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab (formerly Stagecoach Finland Oy Ab) v  
Helsinki Kaupunki ("*Concordia*") Saml. 2002 s. I-7213

Sak C-19/00 SIAC Construction Ltd v Mayo CC ("*SIAC Construction*")  
Saml. 2001 s. I- 7725

Joined cases C-20/01 and C-28/01 Commission of the European Communities v Federal  
Republic of Germany, Saml. 2003, s I-03609

Sak C-448/01 EVN AG and Wienstrom GmbH v Austria ("*EVN*")  
Saml. 2003 s. I-14527

Sak C-346/06 Dirk Rüffert v Land Niedersachsen ("*Rüffert*"), av 8.april 2008

Sak C-265/06 Commission of the European Communities v the Republic of Portugal,  
av 10.april 2008



